

## Andreas Wacke (Köln)

### Das Affektionsinteresse: heute und in römischen Rechtsquellen\*

**Übersicht:** I. Die Trias Schachgeld, Schmerzensgeld und Affektionsinteresse. – II. Abgrenzungsfälle. – III. Begriffserklärung. – IV. Rechtsentwicklung. – V. Modernes Recht. – VI. Heutiger Stand der Forschung. – VII. Terminologie und thematische Eingrenzung. – VIII. Die Nichtberücksichtigung des Affektionsinteresses. – IX. Das Affektionsinteresse als Klagegrundlage. – X. Der Ersatz des Affektionsinteresses als Klageziel. – XI. Rückblick und heutige Nutzenanwendung. – XII. Schrifttum.

#### I. Die Trias Schachgeld, Schmerzensgeld und Affektionsinteresse

[555] Die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden stellt sich bei drei Sachverhaltskomplexen: erstens beim Schmerzensgeld für erlittene Körperschäden, zweitens beim (früher treffend so bezeichneten) „Schachgeld“ für Ehrverletzungen, drittens bei mit einem Gegenstand verbundenen besonders hohen Gefühlswerten, dem Affektionsinteresse. Bezüglich Schmerzensgeld und Schachgeld war die Rechtslage der römischen Quellen derjenigen beim Erlass unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegengesetzt: Die römischen Juristen gewährten mit der *actio iniuriarum* Geldbußen für Persönlichkeitsverletzungen, sie kannten aber kein Schmerzensgeld; die Väter des BGB sahen umgekehrt die Zuerkennung von Schmerzensgeld vor (§ 847, heute § 253 Abs. 2), sie verwarfen aber ausdrücklich die Möglichkeit des Geldersatzes für Persönlichkeitsverletzungen (§ 253, heute Abs. 1). Erst seit der *contra legem* entwickelten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ab 1958 gibt es nach deutschem Richterrecht bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts wieder das Schachgeld – die Wiederkehr eines alten Rechtsinstituts.<sup>1</sup>

Im Unterschied zu den damit angedeuteten Pendelschlägen bei der Entwicklung von Schachgeld und Schmerzensgeld war das Affektionsinteresse als die dritte Kategorie von Nichtvermögensschäden durch bemerkenswerte Kontinuität gekennzeichnet. Seit langem gilt es nämlich herkömmlich als Dogma, geradezu als ein Axiom, dass ein Ersatz besonderer Gefühlswerte nicht in Betracht komme. Die römischen Quellen zu dieser Problematik sind

---

\* Aus: M. Avenarius/ R. Meyer-Pritzl/ C Möller (Hrsgg.), *Ars Iuris*. Festschrift für Okko Behrends, Göttingen 2009, S. 555-588.

<sup>1</sup> A. WACKE, Vom „Schachgeld“ zum Schmerzensgeld und wieder zurück, in T. Chuisi (Hrsg.), Festschrift Elmar Wadle, Berlin 2008, 1163-1189. Zum dortigen Verzeichnis der einschlägigen Literatur S. 1183 ff. ist nachzutragen R. VIGNERON, *La douleur comme source de droits de l'homme à Rome?*, in: *Le monde antique et les droits de l'homme*, Actes 50<sup>ième</sup> Session SIHDA; Bruxelles 1996, S. 395-412. Grundlegend ist jetzt die umfassende Monographie von UTE WALTER, *Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld*, Paderborn 2004, 541 Seiten.

allerdings keineswegs eindeutig. Ihren Inhalt möchte ich (als Fortsetzung einer früheren Studie) zu Ehren des Kollegen und Freundes Okko Behrends einer näheren Betrachtung unterziehen.<sup>2</sup>

## II. Abgrenzungsfälle

[556] Zur einführenden Abgrenzung zwischen Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden schildere ich drei Fälle aus jüngerer Zeit, bei denen ein Affektionsinteresse in Betracht gezogen werden könnte:

a) Ein Tübinger Student, Besitzer eines hoch betagten Volkswagens, entdeckte unter mehreren Vorbesitzern auf dem Kraftfahrzeugbrief zu seiner Überraschung den Namen Joseph Ratzinger, der von 1966-69 Professor für Katholische Theologie an der Universität Tübingen war; der nachmalige Kardinal wurde 2005 zum Papst Benedikt XVI. gewählt. Der Student ließ sein uraltes Gefährt über das Internet zur Versteigerung ausbieten. Vom erzielten Erlös noch spektakulärer sind in der Presse kürzlich berichtete Fälle, wonach ein 1935 gebauter Alfa Romeo „Pescara Spyder“ aus dem ehemaligen Besitz des italienischen Diktators Benito Mussolini auf einer Londoner Auktion für rund 700.000 Euro ersteigert wurde. Das Zehnfache, nämlich ca. 7 Millionen Euro, zahlte ein Bieter für einen Ferrari 330 Testarossa, mit dem zwei weltberühmte Rennfahrer 1962 beim 24-Stunden-Rennen von Le Mans siegten.<sup>3</sup>

b) Ein Meteorit durchschlug in den USA die vordere Haube eines geparkten Volkswagens. Die höchst seltene Art der Zerstörung steigerte kurioserweise den Wert des Autos: Zusammen mit diesem Meteoriten wird es in der Schausammlung eines naturhistorischen Museums in der Nähe eines durch Meteoriteneinschlag in einer Wüste geschaffenen Riesenkraters ausgestellt und bildet dort eine Attraktion.

c) Den Dackel eines Spaziergängers im Kreise Heilbronn griff aus heiterem Himmel ein Adler an. Der erschreckte Hundebesitzer, dessen Dackel schwer verletzt wurde, erschlug den Adler mit seinem Spazierstock. Der Besitzer des Adlers, Vogelwart einer Greifenwarte auf einer alten Burg, bezifferte den Wert des getöteten Tieres, gestützt auf das Gutachten eines Sachverständigen, auf [557] 56.000 Euro. Er hatte den Adler mühsam zu Flugvorführungen

---

<sup>2</sup> **S c h r i f t t u m** zum Affektionsinteresse im allgemeinen (alphabetisch; mit ausführlichem Titel nochmals zusammengestellt unten): R. COHNFELD s. u. Fn. 5; Fr. M. DE ROBERTIS s. u. Fn. 40; H. HONSELL s. u. Fn. 37; N. JANSEN HKK s. u. Fn. 45; HERM. LANGE s. u. Fn. 39; J. MACQUERON s. u. Fn. 41; A. MARCHI, Il risarcimento del danno morale, BIDR 16, 1904, 206-289 (bes. S. 237-241, 261-263); D. MEDICUS s. u. Fn. 38; Fr. MOMMSEN s. u. Fn. 23; F. RABER s. u. Fn. 42; A. SILVA SÁNCHEZ s. u. Fn. 47; A. SICARI s. u. Fn. 46; D. STÖRMER s. u. Fn. 44; R. VIGNERON s. u. Fn. 43; H. J. WIELING s. u. Fn. 39. Hier nicht berücksichtigt wurde die später erschienene Monographie von MARTIN KINDLER, *Affectionis aestimatio: Vom Ursprung des Affektionsinteresses im römischen Recht und seiner Rezeption*, Berlin 2012 (von Martin Schermaier betreute Diss. Bonn).

<sup>3</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 69 vom 22. März 2008, S. 48 und Nr. 143 vom 21. Juni 2008, S. 49.

abgerichtet und bald zwanzig Jahre lang bei Schauflügen auftreten lassen.<sup>4</sup> Nach Auskunft eines Falkners kann man einen unabgerichteten jungen Adler freilich schon für etwa 1.000 Euro erwerben.

### III. Begriffserklärung

1. Was unter dem Affektionsinteresse zu verstehen ist, wird selten definiert. Richard Cohnfeld umschrieb es vage als „die Befriedigung des Gefühls, welche für jemand aus gewissen Tatsachen und Ereignissen hervorgeht“ (1865, S. 69).<sup>5</sup> Eine bessere Definition enthielt schon Preußens ALR von 1794 in I 6 § 87: „Der Werth der besondern Vorliebe entsteht aus bloß zufälligen Eigenschaften oder Verhältnissen einer Sache, die derselben in der Meinung ihres Besitzers einen Vorzug vor allen andern Sachen gleicher Art beylegen.“ Siehe auch die Legaldefinition im hessischen Entwurf von 1853, unten Fn. 21. Aus den wichtigsten Beispielen der römischen Quellen lässt sich hingegen die folgende Definition ableiten (wie im Vorgriff auf deren Analyse vorausgeschickt sei): „Affektionsinteresse ist das Begehren eines Einzelnen, einen bestimmten Gegenstand zu erwerben oder zu behalten, mit der damit verbundenen Bereitschaft, dafür einen über dem Marktwert liegenden Preis zu entrichten.“ Kürzer lässt sich sagen, dass beim Affektionsinteresse der Erwerbs- oder Behaltenswunsch wegen einer subjektiven Beziehung zur Sache über deren allgemeine Wertschätzung hinausgeht. Nach in den Quellen öfters genannten Exempeln ist ein Sklave das leibliche Kind (der *filius naturalis*) seines Herrn (unten Texte 1 und 4),<sup>6</sup> oder auf einem Grundstück befindet sich die Ahnengrabstätte der Vorfahren (unten Texte 6 und 7).<sup>7</sup> Heute sind dies vor allem Gegenstände von persönlichem Erinnerungswert (z. B. ökonomisch geringwertige Reiseandenken aus einem fernen Erdteil; das Ahnengemälde eines der Allgemeinheit wenig bekannten Vorfahren). Die einem Untertan vom Landesherrn wegen besonderer Verdienste geschenkte Goldmünze ist für den [558] Beschenkten mehr wert als der aufgeprägte Nennwert.<sup>8</sup> Wird ein vom Staatspräsidenten verliehenes Verdienstkreuz dem berechtigten Träger bei einem Einbruchdiebstahl entwendet, so schmerzt ihn der Verlust vermutlich mehr, als die Beschaffung

<sup>4</sup> Ein Fall von Notwehr-Exzess. Der Rechtsstreit endete durch Vergleich vor dem Oberlandesgericht Stuttgart. Darin verpflichtete sich der beklagte Hundebesitzer, der die Grenzen notwendiger Verteidigung gegen den angreifenden Adler überschritten hatte, zur Zahlung von 15.000 Euro (ein Viertel des geltend gemachten Schadens): Rhein-Neckar-Zeitung Nr. 43 Seite 11 vom 21. Februar 2007.

<sup>5</sup> R. COHNFELD, Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht, Leipzig 1865, 69-85, Kritisch dazu Jansen HKK II Rz 55 Fn. 401. Ungenannt ließ Cohnfeld den Bezug des Interessierten zum von ihm bevorzugten Objekt.

<sup>6</sup> Fälle von Blutsverwandschaft zum Sklaven behandelt aus der Lebenswirklichkeit E. HERRMANN-OTTO (u. Fn. 82) 83 ff.; siehe auch SICARI (Fn. 46) 217 ff.

<sup>7</sup> Zu den *sepulcra familiaria* eingehend die so betitelte Monographie von S. LAZZARINI, Padova 1991; SICARI 198 ff.

<sup>8</sup> Von CHRISTIAN WOLFF, Jus Naturae IV (1744) § 906 Cap. IV gebildetes Beispiel, mitgeteilt von STÖRMER S. 63.

einer entsprechenden Medaille auf dem Antiquariatsmarkt kosten würde. Bloßen Affektionswert *par excellence* hat (nach einem mir von Klaus Luig mitgeteilten Kathederexempel) für den trauernden Bräutigam das von seiner Braut auf dem Sterbebett gemalte, wenngleich künstlerisch wertlose Bild (oder eine von ihr angefertigte Handarbeit).

Javolen (unten Text 7) nennt unter anderen Beispielen einen (zum Nachlass eines *libertus* gehörigen) Sklaven, der *non pretio, sed affectu sit aestimandum*, der also nicht nach seinem ökonomischen, sondern nach seinem ideellen Werte vom Patron geschätzt wird. Darum sei – so fährt Javolen fort – dem Patron der Nachlassbesitz auch dann einzuräumen, wenn er *animo potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat*, also wenn er eher nach seinem Gefühl als nach der Berechnung Anderer den Nachlass seines Freigelassenen bewertet. Den Gegensatz zwischen dem gemeinen Handelswert und dem Affektionswert hat Javolen hier schon klar erkannt. Das Affektionsinteresse ist also ein persönliches, individuelles; es ist ein *interesse singulare* im Unterschied zum *interesse comune* und zum *interesse conventum* nach der im Gemeinen Recht vorgenommenen Dreiteilung.<sup>9</sup>

2. Das BGB trägt dem Affektionsinteresse in einem Falle dadurch Rechnung, dass Familienpapiere und Familienbilder von einem Erbschaftsverkauf ausgenommen werden, § 2373 Satz 2.<sup>10</sup> – Zu berücksichtigen ist das Affektionsinteresse ferner an einer gestohlenen Sache, wenn ein Bewachungspflichtiger deren Entwendung zu verantworten hat: Bei der von § 255 (Fall 1) BGB angeordneten Last des Geschädigten zur Abtretung seiner Ansprüche „auf Grund des Eigentums an der Sache“ an den Ersatzpflichtigen Zug um Zug gegen dessen Schadensersatzleistung blieb die Frage des Eigentumsübergangs auf ihn ungeregelt. Gegen einen Eigentumsverlust des Entschädigten wird eingewandt, sein (selbst wenn nur auf Affektion beruhendes) Interesse an der Sache<sup>11</sup> sei höher zu bewerten als die sekundäre Ersatzleistung in Geld.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Vgl. etwa E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova 1937, 195 ff. BALDUS nannte noch als Beispiel ein von eigener Hand sorgfältig glossiertes Buch (Bussi 196 f.). Heute denke man an persönliche Tagebuchaufzeichnungen.

<sup>10</sup> Auch von der Erbteilung bleiben Familienpapiere ausgeschlossen, § 2047 Abs. 2 BGB. Der Verbleib von Urkunden im römischen Erbteilungsprozess wird in D. 10,2,4,3; 5; 6; 8 eingehend erörtert. Familiengrabstätten blieben trotz Erbteilung gemeinschaftlich, D. 10,2,30 *i. f.*

<sup>11</sup> Etwa ein altes Schwert aus Familienbesitz, welches nach Ansicht des Bestohlenen schon Karl dem Großen gehört habe: Beispiel von P. OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im röm. und dt. bürgerl. Recht*, Berlin 1901, 301 Fn. 1. Gehörte es nachweislich Karl dem Großen, wäre der hohe museale Wert einer solchen Antiquität unabhängig vom Affektionswert.

<sup>12</sup> Letzteres ist ein allgemeines Wertungsprinzip; für die unrechtmäßige Veräußerung von Sachen eines Minderjährigen beispielsweise ausgedrückt in D. 4,4,9pr.: *sed interest ipsius corpora potius habere*. Wie oben im Text noch heute MünchKomm.-OETKER § 255 BGB Rz. 18: Der Entschädigte habe die Option, gegen Rückzahlung der empfangenen Ersatzleistung seine Sache zurückzuerlangen (streitig). Sicherheitshalber kann er sich dieses Wahlrecht vorbehalten. Einzelheiten bei JAN ULRICH WACKE, *Actiones suas praestare debet*: Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb, Berlin 2010, § 2 I, § 15, § 18 II.

[559] 3. Kein bloßes (nicht ersatzfähiges) Affektionsinteresse besteht hingegen in den einleitend geschilderten Fällen. Insbesondere steigert die Tatsache, dass eine Sache einen weltberühmten Vorbesitzer hatte, deren Wert nicht nur für den gegenwärtigen Besitzer; für eine solche Sache lassen sich etliche Liebhaber finden, vor allem (wie geschehen) durch Versteigerung über das Internet.<sup>13</sup> Mit der Ausbietung zur Versteigerung gibt ein Besitzer überdies zu erkennen, dass ihm am Affektionswert des Objekts weniger gelegen ist (denn dann würde er sich davon nicht trennen) als an der Erzielung eines möglichst hohen Preises. Wird ein „Liebhaberobjekt“ als solches auf dem Grundstücks- oder Antiquariatsmarkt angeboten, so ist sein Wert kein bloßer Affektionswert. Der Begriff „Liebhaberwert“ ist demnach nicht eindeutig (etwas präziser spricht man zwecks Abgrenzung zuweilen vom „reinen“ Liebhaberwert). Hingegen erreicht auch eine (wenngleich haargenau angefertigte) Replik nie den Handelswert des Originals. Stellt sich zur Enttäuschung des Käufers heraus, dass das Gemälde eine (wenngleich originalgetreue) Kopie ist, kann dies für ihn Gewährleistungsansprüche auslösen. Auch nach der Beschädigung eines Fahrzeugs durch einen Unfall bleibt trotz dessen einwandfreier Reparatur außer den Wiederherstellungskosten noch ein allgemein empfundener und darum zu ersetzender „merkantiler“ Minderwert zurück.

#### IV. Rechtsentwicklung

[560] 1. Hinsichtlich der Berücksichtigung von Affektionsinteressen sind die römischen Quellen widersprüchlich. In zwei später wichtig gewordenen Digestentexten verneinte Paulus mit fast gleichlautenden Worten unter Berufung auf Sextus Pedius im Zusammenhang mit der Pflichtteilsberechnung nach der *lex Falcidia* (D. 35,2,63) und der Schadensberechnung nach der *lex Aquilia* (D. 9,2,33pr.) mit ausführlicher Begründung unter Anführung diverser Beispielfälle die Berücksichtigung der  *affectio* zu einem bestimmten Sklaven (Texte 1 und 4). Andererseits befürwortete Papinian D. 17,1,54pr. anlässlich eines speziellen Falles aus dem Mandatsrecht (ein Sklave beauftragte einen Dritten, ihn seinem Herrn abzukaufen und ihn anschließend freizulassen) die Berücksichtigung der  *affectio* des Herrn an dessen Freilassung,

---

<sup>13</sup> Man denke an das Trikot eines gefeierten Fußballstars, der darin bei der Weltmeisterschaft das Entscheidungstor schoss. Ein „von vielen anerkannter Wert“ ist z. B. ein Sammlerwert, aber entgegen G. RITTMAYER, Die Berücksichtigung des Affektionsinteresses im BGB, 1913, 76 kein Affektionswert, zutr. MEINCKE (u. Fn. 73) Fn. 13. Wie bei Kunstwerken (deren Wertschätzung Schwankungen unterliegen) nimmt ein Ersteigerer allerdings in Kauf, dass er einen exorbitant hohen Anschaffungspreis bei einer Weiterveräußerung möglicherweise nicht wieder erzielen kann. Ob er den vollen Erwerbspreis bei etwaiger Zerstörung als Schaden liquidieren kann, ist deshalb fraglich. Mit übereifrigem Bieten wird ein Ersteigerer nach Paulus D. 10,2,29 *i. f.* nicht gehört (*nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus est*).

Der Halter des erschlagenen Adlers (oben II c) könnte als Schaden außer dem Anschaffungspreis den wegen des Ausfalls künftiger Flugvorführungen entgangenen Gewinn für die voraussichtliche Lebensdauer des Adlers liquidieren. Diese Berechnung versagt bei nicht gewerblich genutzten Gegenständen, z. B. wenn das von einem Amateur in Hunderten von Freizeitstunden gebastelte Modell eines Kriegsschiffs zerstört wird.

und dies mit der bemerkenswert allgemeinen Begründung, nach Ansicht der einsichtigeren Juristen sei bei den von Treu und Glauben beherrschten Verträgen das Affektionsinteresse zu berücksichtigen (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*: unten Text 9). Nach dieser ungewöhnlichen, zurückhaltenden Formulierung war die Frage in spätklassischer Zeit umstritten. Welche anderen Juristen Papinians Ansicht teilten, lässt sich leider nicht mehr ermitteln; vielleicht war es eine Mindermeinung, für die aber (was nicht selten vorkommt) die besseren Argumente sprachen. Jedenfalls stand Papinian mit seiner Befürwortung des Ersatzes von Affektionsinteressen bei den elastischeren vertraglichen Ansprüchen nicht allein.

2. Mit der geschilderten Diskrepanz konnte man sich im *Usus modernus pandectarum* abfinden.<sup>14</sup> Nach der von Papinian (und offenbar nicht nur von ihm) für *bonae fidei*-Verträge gemachten Ausnahme hätte es nahe gelegen, nach den Gründen für die unterschiedliche Berücksichtigung von Affektionsinteressen – einerseits bei der erbrechtlichen Nachlassbewertung und bei der deliktischen Schadensberechnung, andererseits bei von der *bona fides* regierten Verträgen – zu fragen. Zu einer solchen Fragestellung nach dem jeweiligen Normzweck oder Schutzbereich einer Bestimmung kam es jedoch soweit ersichtlich in der juristischen Dogmengeschichte nicht.

3. Die Naturrechtsgesetzbücher der ersten Kodifikationswelle (um 1800)<sup>15</sup> stufen den Umfang der Ersatzpflicht nach Verschuldensgraden ab.<sup>16</sup> Das preußische ALR von 1794 verordnete in Teil I Titel 6 § 87: „Für den Werth der besondern Vorliebe [561] haftet der Schädiger nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist.“ Die gleiche Voraussetzung (Vorsatz) war in I 20 § 196 ALR für den Spezialfall bestimmt, dass ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache nicht zurückgeben kann.<sup>17</sup> Der Wert der besonderen Vorliebe durfte (ebenso wie der davon unterschiedene „außerordentliche Wert“) nach I 2 § 118 ALR nur in den vom Gesetz ausdrücklich gebilligten Fällen in Anschlag gebracht werden.

---

<sup>14</sup> BARTOLUS folgte Papinian in dessen Berücksichtigung bei *bonae fidei*-Verträgen; gegen ihn ALCIATUS, *De eo quod interest*, Lugduni 1537; vgl. H. COING, *Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht*, München 1985, 438 f. mit weiteren Nachweisen. Nach KREITTMAYRS Kommentar von 1765 zum (diesbezüglich unergiebigem) *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* von 1756 schätzt man „nicht nach dem *Pretio Affectionis vel Imaginationis, sed Aestimationis communis*“; vgl. Störmer 66 ff.

<sup>15</sup> Der folgende Überblick stützt sich auf die Zusammenstellung bei STÖRMER (u. Fn. 44) 66-105.

<sup>16</sup> Abweichend vom römischen Recht ohne Unterscheidung zwischen deliktischen und vertraglichen Ansprüchen.

<sup>17</sup> Weshalb nur beim Pfandvertrag, nicht auch bei anderen vertraglichen Ansprüchen (zumindest Rückgabepflichten)? Eine analoge Anwendung war nach dem (sogleich im Text erwähnten) Enumerationsprinzip verboten.

Entsprechend dem römischrechtlichen *iusiurandum in litem* war der Wert nach herrschender Meinung zu beeiden.<sup>18</sup>

Ähnlich verpflichtet das österreichische ABGB von 1811 in der noch geltenden Vorschrift des § 1331 zum Ersatz des „Werthes der besondern Vorliebe“ bei einer Schädigung durch strafbare Handlung, aus Muthwillen oder Schadenfreude.<sup>19</sup> Hingegen schloss das Badische Landrecht von 1809 in einem seiner zahlreichen Ergänzungsartikel zur deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 1382 des französischen Code civil den Ersatz des „bloßen Neigungswerthes des Beschädigten“ sogar bei vorsätzlicher Schädigung ausdrücklich aus.<sup>20</sup> Unberücksichtigt bleiben sollte der Affektionswert auch nach dem hessischen Entwurf eines BGB von 1853,<sup>21</sup> fast gleichlautend nach dem bayerischen Entwurf von 1860/64 in Art. 74, nach dem Sächsischen BGB von 1865 (§ 78)<sup>22</sup> und dem Dresdener Entwurf für ein einheitliches Schuldrecht von 1866, Art. 223.

**4. FRIEDRICH MOMMSEN** als herausragender Vertreter der pandektistischen Dogmatik unterschied in seiner grundlegenden Monographie über [562] das Interesse (1855),<sup>23</sup> anknüpfend an eine alte Tradition,<sup>24</sup> zwischen dem Affektionsinteresse als Klagegrundlage und als möglichem Klageinhalt. Diesen fruchtbaren Systematisierungsgedanken griffen neuere Untersuchungen nicht wieder auf.<sup>25</sup> Ich werde ihn meiner Anordnung der Quellenexegesen zugrunde legen. Nach Mommsen berücksichtigten die römischen Juristen das Affektionsinteresse nur im erstgenannten Sinne als Klagegrundlage.<sup>26</sup> Entgegenstehende

---

<sup>18</sup> Zum preußischen Recht STÖRMER 68 ff. Urteile des Preußischen Obertribunals konnte Störmer nicht ermitteln. Die von ihm S. 75 ff. dargestellte Rechtsprechung beschäftigte sich nur mit dem (vom Affektionswert verschiedenen) Ersatz des „außerordentlichen Werts“ bei den Enteignung von Grundstücken. Nur in einem Urteil vom 22. Mai 1869 lehnte der 5. Senat den Ersatz des Affektionswerts unter Rückgriff auf die gemeinrechtliche *lex Aquilia* ab; nach Störmer widersprach dieses Urteil dem preußischen Gesetzesrecht.

<sup>19</sup> Die Vorschrift geht zurück auf den Entwurf MARTINIS. STUBENRAUCH kritisierte sie in seinem Kommentar von 1884 als Missverständnis römischrechtlicher Gesetzesstellen; s. STÖRMER 81 ff. Bei geringerem Verschulden ist gemäß § 1332 ABGB nur der gemeine Wert zu ersetzen.

<sup>20</sup> Art. 1151 a des Badischen Landrechts. Dieser restriktiven Haltung entsprechend war nach Art. 1382 f auch die Zuerkennung von Schmerzensgeld ausgeschlossen.

<sup>21</sup> Art. 216 enthielt eine brauchbare Klammerdefinition: „Dagegen ist auf den Wert, welchen der Beschädigte nach seiner persönlichen Vorliebe oder aus Neigung dem Gegenstande beilegt (Affectionswerth) überall keine Rücksicht zu nehmen.“

<sup>22</sup> Im sächsischen Entwurf dazu war hingegen wie in Preußen und Österreich noch die Erstattung der besonderen Vorliebe bei vorsätzlicher Sachbeschädigung vorgesehen.

<sup>23</sup> Fr. MOMMSEN, Zur Lehre von dem Interesse, Beiträge zum Obligationenrecht Abt. 2, Braunschweig 1855, 122-137, 213-217. Zum durchschlagenden Erfolg dieser Schrift s. COING, Europäisches Privatrecht II, 1989, 466 f.

<sup>24</sup> Die Unterscheidung findet sich schon bei GOTHOFREDUS, vor allem bei HEINRICH VON COCCEJI in seiner Monographie *De pretio affectionis vel amoenitatis*, in dessen *Exercitationum Curiosarum* (Lemgo 1722), vgl. STÖRMER S. 43, 58.

<sup>25</sup> Gegen die Unterscheidung STÖRMER S. 58 (mit unklarer Begründung).

<sup>26</sup> Ebenso PUCHTA, Pandekten (8. Aufl. 1856) §§ 220, 225. Der Ausschluss des Affektionsinteresses war in der Pandektenlehre ganz herrschend; Nachweise zu BARON, BRINZ, ARNDTS, SALKOWSKI, VANGEROW, VERING, WÄCHTER bei STÖRMER 100. Für Erstattungsfähig hielt es hingegen SAVIGNY bei *bonae fidei iudicia*, wie schon BARTOLUS, s. o. Fn. 14.

Zeugnisse, vor allem den erwähnten Papinianertext D. 17,1,54pr., versuchte Mommsen zu marginalisieren. Hierin ist Mommsen nicht zu folgen. Dass Papinian seine auf *bonae fidei iudicia* beschränkte gegenteilige Ansicht den „klügeren Juristen“ zuschrieb, hätte einen wichtigen Denkanstoß bilden können, um nach ihren Gründen zu forschen. Diesem Impuls ging man jedoch nicht nach (ausgenommen Rudolph von Jhering). Die Pandektenlehre war bestrebt, losgelöst von den jeweiligen Haftungstatbeständen eine allgemeine Theorie des zu ersetzenden Schadensumfangs zu entwickeln. Im Vordergrund stand dabei das Recht der unerlaubten Handlungen, und dafür standen die beiden inhaltlich übereinstimmenden Aussagen von Pedius-Paulus Modell. Dass bei vertraglichen Ansprüchen die Interessenlage anders sein kann, wurde nicht wahrgenommen.

Zwei namhafte Gelehrte distanzieren sich freilich gegen Ende des 19. Jh. von der herrschenden Lehre. Bernhard Windscheid widersprach dem Dogma, dass jede Obligation einen Vermögenswert haben müsse.<sup>27</sup> Für die Berücksichtigung ideeller Werte engagierte sich besonders temperamentvoll RUDOLPH VON JHERING;<sup>28</sup> seine Ausführungen gipfelten in der Fragestellung: „Also das Vermögen ist das einzige Gut, welches das Civilrecht zu schützen hat? Alle anderen Güter sind werthlose Dinge, um die der Richter sich nicht zu bekümmern braucht, der Richter kennt [563] nur die Interessen des Geldbeutels – wo der Geldbeutel aufhört, hört für ihn auch das Recht auf?“ Jhering stellte eine größere Zahl römischer Quellen zusammen, die für eine Berücksichtigung auch der *affectio* sprechen und die im Folgenden (soweit für unser Thema einschlägig) zu betrachten sind. Der herrschenden „Ansicht unserer heutigen Theoretiker“ schleuderte Jhering Papinians kritische Worte *prudentioribus placuit* entgegen.

## V. Modernes Recht

1. Bei den Beratungen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch trennte man in bewusster Abkehr von Preußens ALR und Österreichs ABGB die Schadensersatzsanktion vom Verschuldensgrad. Ersetzt werden sollte der rein summenmäßig errechnete Schaden, ohne Zuschläge für besonders schweres Verschulden, also „wertfrei“ unter Absehen von der Genugtuungsfunktion.<sup>29</sup> Dies führte zum sogenannten „Alles oder Nichts-Prinzip“ im

<sup>27</sup> WINDSCHEID/ KIPP, Pandekten II, 9. Aufl. 1906 § 250 bei Fn. 3. Die herrschende Lehre stützte sich auf Ulpian D. 40,7,9,2: *...ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt...* Hierzu aus neuerer Zeit namentlich wiederholt F. PASTORI, zuletzt: *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna 1994. Ablehnend zur Ersatzfähigkeit des Affektionsinteresses freilich (nicht widerspruchsfrei) WINDSCHEID II § 257 m. Fn. 7-8. Schmerzensgeld wollte Windscheid § 455,7 m. Fn. 31 hingegen seit der 4. Aufl. zuerkennen.

<sup>28</sup> JHERING, Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, Jherings Jb. 18, 1880, 1-128, 44 ff. = Ges. Aufsätze III, Jena 1886, ND Aalen 1969, 87-210. 159 ff.

<sup>29</sup> Zu dieser Entpönalisierungstendenz INA EBERT in ihrer grundlegenden Monographie: *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, Tübingen 2004, 248 ff. (siehe auch deren Sachregister s. v. Affektionsinteresse). Auch in

Schadensersatzrecht. Gegen die Einbeziehung des Affektionsinteresses wandte man auch (wie schon in der vorangegangenen Pandektenlehre) dessen mangelnde Berechenbarkeit ein.

2. Dass es bei Verletzung von Affektionsinteressen keinen Anspruch auf Geldersatz gibt, ist heute ein unumstößliches Dogma,<sup>30</sup> ein gefestigtes Axiom, das nicht hinterfragt wird und keiner Begründung mehr bedarf. Inhalt einer Obligation muss andererseits nach Ansicht der BGB-Verfasser (die hierin Windscheid folgten) nicht stets ein pekuniäres Interesse sein; auch ein ideelles Interesse genügt nach herrschender Meinung. Für Nichtvermögensschäden wird jedoch der Geldersatz wiederum durch § 253 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Dies führt zu der paradoxen Konsequenz, dass die Wahrung von Affektionsinteressen zwar zum Vertragsinhalt erhoben werden kann, ihre Verletzung dann aber oft sanktionslos bleibt (falls nicht eine andere Sanktion, etwa eine Vertragsstrafe oder ein Unterlassungsanspruch in Betracht kommt). Eine Naturalrestitution, die Wiederherstellung des früheren Zustands, dürfte in der Regel ausscheiden. Man denke an den Fall, dass ein Gemälde mit dem Porträt eines Vorfahren beim Restaurator schuldhaft zerstört wird oder abhanden kommt. Auf dessen besonderen Erinnerungswert für die Familie wird der Auftraggeber hingewiesen haben; der Wert könnte sich auch aus den Umständen, also mittels Auslegung, ergeben. Der gesetzliche [564] Enumerativkatalog des zulässigen Geldersatzes von immateriellen Schäden kann vertraglich erweitert werden; die Begrenzung durch § 253 BGB ist dispositiv.<sup>31</sup> Auf diesem Wege nähern wir uns Papinians Gedankengang, dass die Verletzung eines zum Vertragsinhalt erhobenen Affektionsinteresses ersatzpflichtig machen kann (D. 17,1,54pr., unten Text 9). Und heute unterstehen alle Verträge der Auslegung nach Treu und Glauben (§ 153 BGB).

Eine vertragliche Erweiterung versagt allerdings (und das ist folgerichtig) bei der Deliktshaftung. Das Affektionsinteresse ist nämlich ein relativer Wert: Eine Einzelperson schätzt einen bestimmten Gegenstand höher ein als die Allgemeinheit. Dies führt uns zu der (schon von Rudolph von Jhering aufgeworfenen) rechtsphilosophischen Grundfrage: Sind Rechtsgüter nur insoweit geschützt, als sie nicht nur für ihren Berechtigten, sondern auch für andere<sup>32</sup> einen Wert haben? soweit sie also im Rechtsverkehr „vertretbar“ sind, sich „versilbern“ lassen? Liegt in der Aufwiegbarkeit in Geld etwa geradezu der Inbegriff des

---

Österreich kritisierte man zuweilen den Strafgedanken, auf dem die Abstufung der Verantwortlichkeit nach Verschuldensgraden beruht: Ebert ebenda.

<sup>30</sup> Als einzig sicherer Ausgangspunkt der kontroversenreichen Lehre vom Schadensersatz an den Anfang gestellt im (anonymen) Artikel „Vermögensschaden (Privatrecht)“ im Münchener Rechts-Lexikon (hrsg. H. Tilch) III, 1987, 890. Ebenso neuerdings H. OETKER im Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 249 Rz. 25.

<sup>31</sup> Andererseits entnimmt man der Vorschrift des § 253 Abs. 1 BGB ein Analogieverbot. Das erscheint nicht widerspruchsfrei.

<sup>32</sup> Für andere: gewiss nicht für *quivis ex populo*, sondern für einen mehr oder minder großen Interessentenkreis:

Vermögens? In der Tat definieren wir das Vermögen als die Summe der in Geld schätzbaren Güter einer Person.<sup>33</sup>

3. Die Zerstörung des Affektionswertes wäre demnach ein Nichtvermögensschaden. Sein Ersatz nähert sich dem Schmerzensgeld. Die Funktionsähnlichkeit beider erkennt man am französischen Recht, welches „Schmerzensgeld“ auch bei der Tötung oder Verletzung eines vom Halter geliebten Tieres gewährt.<sup>34</sup> Jedoch geht es (wie die römischen Quellen illustrieren) bei der (schwierigen) Ermittlung des Affektionswertes nicht immer um dessen Ersatz. Affektionswert ist der Mehrbetrag, den ein Interessierter zu zahlen bereit ist oder wäre.<sup>35</sup> Die Einschätzung [565] dieser Bereitschaft ließe sich entpersönlichen. Das zur Schadensschätzung nach seinem Ermessen berufene Gericht kann dazu auch heute den Beweisführer als Partei vernehmen und seine Angabe notfalls beibehalten lassen (§ 287 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Die Abschätzung fällt bei Sachverlusten zweifellos leichter als beim Erleiden körperlicher Schmerzen.

## VI. Heutiger Stand der Forschung

Dieser Überblick bis zum modernen Recht war erforderlich, um unser Problembewusstsein zu schärfen. Dazu verpflichtet uns auch unsere Verantwortung als Traditionswahrer. Denn man darf unsere Quellen nicht so auslegen, als hätte es ihre mehr als tausendjährige Interpretationsgeschichte seit Justinian nicht gegeben – wozu man freilich in unserer Zunft in den Dezennien der Interpolationenforschung neigte. Wie unser Überblick zeigte, ist das Affektionsinteresse ein lohnendes, mehrschichtiges Thema. Es rührt an die Grundlagen rationalen Rechtsgüterschutzes. Seine historischen und dogmatischen Perspektiven wurden vom neueren Schrifttum aber nicht ausgeschöpft. Die Seuche der Interpolationenkritik

---

<sup>33</sup> Zum Begriff ‚Vermögen‘ (*bona*) in den römischen Quellen und zu dessen objektiver oder subjektiver Bewertung zuletzt eingehend SICARI 2007 (u. Fn. 46) 65 ff., 145 ff.

<sup>34</sup> Vgl. etwa D. NÖRR, Zum Ersatz des immateriellen Schadens, AcP 158, 1959, 1 f., 4 = NÖRR, *Historiae iuris antiqui: Gesammelte Schriften I* 2003, 85\*, 88\*; eingehende Nachweise bei MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO, *El resarcimiento por daño moral*, Salamanca 2007, 71 ff. Im deutschen Recht unmöglich wegen des Enumerativkatalogs der Rechtsgüter, deren Verletzung gemäß § 847 BGB a. F., jetzt § 253 Abs. 2 BGB zu Schmerzensgeld führen kann. Nur wegen der für ein Haustier aufgewendeten Heilungskosten wird das Affektionsinteresse berücksichtigt nach § 251 Abs. 2 S. 2 BGB (seit 1990, aber schon früher in der Rechtsprechung anerkannt), da die Kosten auch dann zu ersetzen sind, wenn sie den Wert des Tieres erheblich übersteigen. Ebenso § 1332a österr. ABGB, Art. 42 Abs. 3 Schweizer ZGB. Weitergehend kann nur in der Schweiz der Richter bei der Schadensbemessung den Affektionswert eines verletzten oder getöteten Tieres berücksichtigen gemäß Art. 43 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB.

<sup>35</sup> Zahlungsbereitschaft eines Dritten bildet auch einen Faktor für die Schadensermittlung nach der ökonomischen Analyse des Rechts; s. H.-B. SCHÄFER/ C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Aufl. 2000, 289 ff.

hat auch das Wort *affectio* infiziert. ALFRED PERNICE war der erste Verdachtschöpfer.<sup>36</sup> Unter den jüngeren Monographien über *id quod interest* verteidigte jedoch HEINRICH HONSELL (1969)<sup>37</sup> die Echtheit der einschlägigen Digestentexte gegenüber ihrer noch kurz zuvor von DIETER MEDICUS (1962) aufrecht erhaltenen Verdächtigung.<sup>38</sup> Im Rahmen größerer dogmengeschichtlicher Darstellungen beschäftigten sich mit der Thematik HERMANN LANGE (1955) und HANS JOSEF WIELING (1970).<sup>39</sup> Aus der Aufsatzliteratur skizzierten verschiedene Probleme FRANCESCO M. DE ROBERTIS (1965),<sup>40</sup> JEAN MACQUERON (1968),<sup>41</sup> FRITZ RABER (1972)<sup>42</sup> und ROGER [566] VIGNERON (1997).<sup>43</sup> Eine ergiebiger dogmengeschichtliche Darstellung brachte die von Karlheinz Ziegler und Hans Herrmann Seiler betreute Hamburger Dissertation von DIETER STÖRMER (1977).<sup>44</sup> Die Unterscheidung zwischen *danno patrimoniale*

<sup>36</sup> Bezüglich Papinian Text 7: PERNICE, *Labeo III 1*, Halle 1892, 185-187. Dagegen O. BEHRENDTS, *Studi Sanfilippo V*, 1984, 32 Fn. 66. Weitere textkritische Verdächtigungen werden zurückgewiesen von HONSELL (nächste Fn.) 154, neuerdings allgemein von CLOUD (u. Fn. 54 a. E.).

<sup>37</sup> H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium*, München 1969, 153-158.

<sup>38</sup> D. MEDICUS, *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln/ Graz 1962, *passim* (s. Sachregister).

<sup>39</sup> H. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster/ Köln 1955, 46-55; H. J. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum BGB*, Köln/ Wien 1970, 123-129.

<sup>40</sup> Fr. M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, *Annali Bari* 1, 1965-66 = DE ROBERTIS, *Scritti varii di diritto romano I*, Bari 1987, 503-516. De Robertis betrachtete einschlägige Digestenstellen vor allem im Lichte der Basiliken. Ansonsten vermochte ich seiner Darstellung wenig Förderliches abzugewinnen.

<sup>41</sup> J. MACQUERON, *L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, in: *Études offertes à André Audinet, Aix-en-Provence/ Paris* 1968, 173-188 [Univ. Bibl. Köln Sign. 1F3451]. Macqueron beschränkte seinen (an für Romanisten etwas entlegenem Orte veröffentlichten) Aufsatz ausweislich der Überschrift auf Deliktssklagen. Die von Papinian hervorgehobene Besonderheit der *bonae fidei iudicia* blieb außer Betracht; auf dessen Abweichung vom Grundsatz des *Pedius* ging Macqueron (abgesehen von einem Hinweis auf einen wichtigen Gedanken aus den Basiliken, S. 187 f.) nicht ein. Affektionsinteressen grenzte er auch nicht von anderen immateriellen Schäden ab; diesbezüglich geht die Reihenfolge seiner Darstellung bunt durcheinander, so dass man den Eindruck gewinnt, er betrachte *intérêt moral* und *intérêt d'affection* als Synonyme. Gleichsinnig verstand die Begriffe offenbar auch VIGNERON, *BIDR* 100, 193; hierauf ist zu schließen aus seiner beiläufigen einleitenden Bemerkung: „*intérêt d'affection*, appelé parfois aussi *pretium doloris*“.

<sup>42</sup> F. RABER, *Zum ‚pretium affectionis‘*, in: Fr. Horak/ W. Waldstein (Hrsgg.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka*, München/ Salzburg 1972, 197-213, rezensiert von H. WIELING, *ZS* 89 (1972) 467 f. Raber widmete seine Aufmerksamkeit den mutmaßlichen palingenetischen Zusammenhängen. Seine zusammenfassende Feststellung, Affektionsinteressen seien von Fall zu Fall berücksichtigt worden oder auch nicht, lässt eine genauere Würdigung der diversen Interessenlagen vermissen.

<sup>43</sup> R. VIGNERON, *L'intérêt d'affection en droit romain*, *BIDR* 100, 1997, 193-204. Vigneron analysierte hauptsächlich Kaiser-Reskripte über Vertragsklauseln, welche dem Käufer eine Prostitution der verkauften Sklavin untersagten (und Verwandtes). Er gelangte zu der (bescheiden anmutenden) „conclusion, qu'en droit romain l'intérêt d'affection était, au moins occasionnellement, pris en compte,“ unter Berufung auf diverse Autoren, die Gleiches befürworteten (S. 204). Die von Vigneron betrachteten Reskripte schützten zwar ideelle, nämlich humanitäre Interessen, aber nicht das Affektionsinteresse im hier definierten engeren Sinne. Ein richterlich kalkulierbares Affektionsinteresse steht für uns im Vordergrund.

<sup>44</sup> D. STÖRMER, *Der Ersatz des Affektionsinteresses in geschichtlicher Entwicklung*, Diss. Hamburg 1977, polykoptiert, 137 S. [vorhanden im Institut für römisches Recht Köln, Sig. Nr. RH 5302; Universitätsbibliothek Köln, Sig. Nr. 4Y9123]. Störmer stellte vor allem die Entwicklung in Gesetzgebung und Literatur des 19. Jh. sorgfältig zusammen. Bezüglich der Interpretation einschlägiger Digestenstellen traute er sich allerdings kein eigenes Urteil zu (S. 22). Seine Schlussfolgerung, im Deliktsrecht sei Nichtvermögensschaden grundsätzlich ersetzt worden (S. 21), ist gewiss unrichtig (vielleicht nur ein Lapsus?); eher war es umgekehrt.

und *non patrimoniale* bildete auch den Gegenstand zweier Referate auf dem 8. Kongress von ‚Aristec‘ vom 14. bis 16. Juni 2007 in Lecce. Das Affektionsinteresse wurde dort ausweislich der mir von beiden Referenten dankenswerterweise überlassenen Kongressunterlagen<sup>45</sup> allerdings nur beiläufig gestreift. Nach [567] dem Beginn meiner Befassung mit dem Fragenkreis überraschte mich schließlich AMALIA SICARI mit der lebenswürdigen Zusendung ihrer jüngsten einschlägigen Monographie (2007).<sup>46</sup> Sicaris gründliche Exegese eines für das Thema zentralen Fragments von Javolenus und ihr umfassendes Schrifttumsverzeichnis erleichterten mir wesentlich die Weiterführung meiner eigenen Untersuchung. Aus der von ihr angeführten umfangreichen Tesis doctoral von ANTONIO SILVA SÁNCHEZ (2001) überließ mir Sicari lebenswürdigerweise die wichtigsten von ihr ausgedruckten Abschnitte des im Internet vorhanden gewesenen Manuskripts.<sup>47</sup> Unter Berücksichtigung der zahlreichen sonstigen über diverse Rechtsmaterien verstreuten Literaturstimmen zu den einzelnen Digestenstellen soll im Folgenden eine kritische Synthese versucht werden.

## VII. Terminologie und thematische Eingrenzung

1. Den Begriff ‚Affektionsinteresse‘ entlehnte die kontinentaleuropäische Rechtslehre den römischen Quellen. Als technischer Ausdruck ist er so gebräuchlich, dass es schwerfällt, ein ebenso treffendes deutsches Ersatzwort zu finden. Eine gute Übersetzung lateinischer Quellen ins Deutsche sollte aber vollständig sein und (trotz wünschenswerter Übertragung in die Zielsprache) auf eine Eindeutschung von Fremdwörtern nicht verzichten.<sup>48</sup> Vor allem darf nicht durch vorschnelle Verwendung des Begriffs ‚Affektionsinteresse‘ der Eindruck eines technischen Sprachgebrauchs erweckt werden, der dem antiken Juristen [568] möglicherweise

<sup>45</sup> C. A. CANNATA, Il danno risarcibile nel diritto romano (Manuskript 21 engzeilige Seiten, zu D. 9,2,33pr. kurz bei Fn. 30); NILS JANSEN, Danno patrimoniale e non patrimoniale nella tradizione di diritto comune (Manuskript 25 Seiten mit 171 Fn.); ausweislich der Einführung eine Zusammenfassung seiner ausführlichen Kommentierung zum Schadensrecht in: M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (Hrsgg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB [HKK] II, 2007. – Nicht zugänglich ist mir der bei Sicari (u. Fn. 46, S. 281) angeführte Aufsatz von R. MARTINI, Sul risarcimento del danno morale, in Studi Sergio Antonelli, Napoli 2002, 525-532.

<sup>46</sup> A. SICARI, Gli interessi non patrimoniali in Giavoleno. Studio su D. 38,2,36, Bari 2007, 300 S. Vorabdruck der wichtigsten Ergebnisse in: A. SICARI, Danno non patrimoniale e legittimazione ad agire, in: M. Silvestrini/ T. Spagnuolo Vigorita/ G. Volpe (a cura di), Studi in onore di Francesco Grelle, Bari 2006, 249-268. Siehe auch schon A. SICARI, Leges venditionis: Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano, Bari 1996, *passim*, bes. S. 216 ff.: „L’ *affectio* del venditore“ und cap. 5: „Patti ed interessi non patrimoniali“.

<sup>47</sup> A. SILVA SÁNCHEZ, *Affectus ratio in bonae fidei iudiciis habenda est*. La patrimonialidad de la prestación y la protección de intereses no patrimoniales en el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna, Tesis doctoral dirigida por Manuel Veiga López. Cáceres, Universidad de Extremadura 2001, 462 Seiten. Gedruckt und im Internet: <http://biblioteca.unex.es/tesis/8477235252.PDF>. (aufgerufen 8.3.2016). Silva Sánchez holt weit aus; die Quellen verdächtigt er öfters mit älteren Autoren. „Il titolo forse, a mio avviso, promette più di quanto ci si possa aspettare,“ schreibt mir dazu Amalia Sicari. Dieser Beurteilung der Erstlingsschrift kann ich mich nur anschließen.

<sup>48</sup> Dagegen verschlägt nichts, dass der eingebürgerte Ausdruck ‚Affektionsinteresse‘ dort, wo er im technischen Sinne von den Quellen gemeint ist, ungleich aussagekräftiger ist als jedes deutsche Ersatzwort.

nicht geläufig oder vertraut war;<sup>49</sup> das führt zu vorzeitiger Festlegung und Blickverengung. Was der facettenreiche Ausdruck *affectio* (*affectus*) im Einzelfall bedeutet, muss jeweils sorgfältig geprüft werden. Die Übersetzung bildet die Krönung einer gelungenen Interpretation. Wer seine Quellen nicht übersetzt, liefert Unfertiges ab. Dem Zwang zu möglichst genauer Sinnesdeutung jeder Einzelheit sollte der Interpret nicht ausweichen.<sup>50</sup> *Convertere necesse est.*<sup>51</sup> Eine präzise Übersetzung ist ein mühsames Geschäft. Außer Sachkenntnis und Stilbewusstsein erfordert es das unablässige Bemühen, jeder Einzelheit des lateinischen Wortlauts gerecht zu werden. Okko Behrends als langjährigem Mitherausgeber der unentbehrlichen neuen Digestenübersetzung ins Deutsche brauche ich diese Worte nicht ins Stammbuch zu schreiben.

2. Zwischen den Substantiven *affectio* und *affectus* wird in den römischen Quellen nicht unterschieden.<sup>52</sup> Eine Wiedergabe von *affectus* mit ‚Affekt‘ verbietet sich jedoch im Deutschen.<sup>53</sup> Handlungen im Affekt sind impulsiv (lat. *impetu*) verübte Straftaten aus momentaner Erregung oder zorniger Gemütsaufwallung, meist provoziert durch Reizung<sup>54</sup> (aus lat. *afficere* ‚einwirken‘). Die ‚Affektion‘ als [569] individuelle Wertschätzung eines bestimmten Gegenstandes ist demgegenüber ein dauernder, nicht schnell vorübergehender Zustand. Lat. *affectio* dürfen wir mit ital. *caro*, frz. *cher*, deutsch ‚teuer‘ assoziieren. *Caro* und

<sup>49</sup> Die in D. 17,1,54pr. (unten Text 9) zweimal begegnende Wendung *affectus ratione(m)* übersetzten Behrends/ Knütel/ Kupisch/ Seiler (1999) hingegen allzu technisch mit „wegen seines Affektionsinteresses klagen“ bzw. „das Affektionsinteresse berücksichtigen“. KNÜTEL selbst schrieb statt dessen einige Jahre zuvor noch „wegen besonderer Zuneigung“, in: *Mandatum und Verwandtes*, 1993, 368. Papinian spricht auch nicht vom ‚*valor de afección*‘ (so die von A. d’Ors herausgegebene spanische Übersetzung). Irreführend ist die Übersetzung als ‚Affektionsinteresse‘ in Papinian D. 18,7,7 *i. f.*, denn dort geht es nicht um ein hoch veranschlagtes Erwerbs- oder Behaltensinteresse, sondern um das allgemeine humanitäre Mitgefühl eines Sklavenverkäufers, wie aus der Begründung hervorgeht *cum beneficio adfici hominem intersit hominis*; s. schon MEDICUS 177. Den Papiniantext erläuterten behutsam und detailgenau einschließlich seiner Interpretationsgeschichte E. HOLTHÖFER, in: *Ius Commune* 1, Frankfurt/M. 1967, 150-180; SICARI 1996, 290 ff.

<sup>50</sup> Beispielsweise kann ‚*pretium*‘ sowohl ‚Preis‘ als auch ‚Wert‘ bedeuten. Der Übersetzer muss disambiguieren, welcher Sinn im Einzelfall gemeint ist. Erst im Hochmittelalter bürgerte sich zwecks Unterscheidung für ‚Wert‘ das Substantiv ‚*valor*‘ ein: WACKE, *Circumscribere*, gerechter Preis und die Arten der List, SZ 94, 1977, 184, 193 f. Fn. 41.

<sup>51</sup> WACKE, *Tradurre il Digesto*, in: L. Minieri/ O. Sacchi (a cura di), *Problemi della traduzione dei Digesta Giustinianeae nelle lingue europee*, Napoli 2007, 25-45, mit reichen Lit.-angaben. Weiter WACKE, D. 19,2,26 und die Kunst des Übersetzens, *Orbis Iuris Romani* [OIR] 11, 2006, 191-199. – Soweit veröffentlichte Übersetzungen bereits vorliegen, lassen sie sich verbessern; soweit noch nicht erschienen, sind sie als Vorarbeiten für die Zukunft verwendbar.

<sup>52</sup> HEUMANN/ SECKEL, *Handlexikon*, S. 24 behandelt beide Stichwörter gemeinsam. Ulpian D. 40,2,16pr. (u. Fn. 83) verwendet *affectus/ affectio* abwechselnd und sinngleich.

<sup>53</sup> Anders im Spanischen, z. B. in der beliebten Grußklausel in Briefen *con affecto*, wörtlich etwa ‚mit Hingabe‘.

<sup>54</sup> Nach Hadrian-Marcian D. 48,8,1,3 ebenso wie heute nach § 213 StGB ein Strafmilderungsgrund. WACKE, *Fahrlässige Vergehen nach römischem Strafrecht*, RIDA 26, 1979, 505, 541 ff.; jetzt in WACKE, *Unius poena – metus multorum*. Abhandlungen zum römischen Strafrecht, Napoli 2008, 37 ff. Im Sinne von ‚Vorsatz‘ begegnet *affectus* in der in ein feines Wortspiel gefassten mittelalterlichen Rechtsregel *Affectus punitur licet non sequatur effectus*. – Zu *affectus* bei Seneca, bei den Stoikern und den römischen Juristen (bes. bezüglich Injurien) D. CLOUD, SZ 123, 2006, 19 ff. (S. 47 f. gegen Interpolationsverdacht). Mit dem Affektionsinteresse befasst Cloud sich nicht.

*cher* bedeuten ‚lieb‘ (bes. in der Anrede) und zugleich ‚teuer‘.<sup>55</sup> Die doppelte Bedeutung hat schon das lateinische Stammwort *carus*.<sup>56</sup> Die gemeinsame Grundbedeutung von ‚caro‘ ist ‚che suscita sentimentis d’affetto‘, daher ‚che si vende a prezzo elevato‘, daraus wiederum ‚pregiato, prezioso, costoso‘. Der indogermanischen Wurzel begegnen wir wieder in dän. *kær* ‚lieb‘, *kærlighed* ‚Liebe‘. Die Verbindung ‚teuer – lieb‘ zeigt sich an den Briefanreden der Goethe- oder Biedermeierzeit ‚Meine Teure!‘, ‚Teurer Freund!‘. Vgl. auch engl. *my dear, darling*. Die musikalische Vortragsbezeichnung *affettuoso* ‚hingebungsvoll, leidenschaftlich‘ ist dem Pianisten Okko Behrends vertraut. Ein ‚prezzo d’affezione‘ ist darum ein Liebhaberpreis. Im Deutschen gilt ‚Affektion‘ (für Wohlwollen, Zuneigung, Gunst) als veraltet; im Rechtswort ‚Affektionsinteresse‘ lebt aber seine alte Bedeutung fort.

3. Der Wortstamm ‚*affect\**‘ begegnet in den Rechtsquellen überraschend häufig.<sup>57</sup> Durch Beifügung weiterer Wörter muss man die Recherche eingrenzen. Für ein dem modernen Ausdruck ‚Affektionsinteresse‘ nahekommenes Pendant finden sich freilich nur Anhaltspunkte. Der im Gemeinen Recht gebräuchliche Begriff ‚*pretium affectionis*‘<sup>58</sup> ist in den Quellen unbekannter Neolatinismus. Mit *interes\** kombiniert, tritt *affect\** nur zweimal auf, freilich nur zur Begründung einer Klage,<sup>59</sup> nicht mit Bezug auf die Kalkulation eines zu ersetzenden Schadensbetrages. Eingrenzen lässt sich das Bedeutungsfeld auch durch Hinzufügung des Wortes *aestima\**.<sup>60</sup> Einen Oberbegriff für immateriellen Schaden hatten die [570] römischen Juristen nicht.<sup>61</sup> Da jedes Zivilurteil auf Geld lauten musste, war jedes berücksichtigungsfähige *damnum* notwendigerweise ein materielles und bestand im allgemeinen kein Bedürfnis für eine Differenzierung durch eine Apposition. Für das Schmerzensgeld als anderen Zweig des immateriellen Schadens (unrömisch *pretium doloris* oder *pecunia pro doloribus* genannt) ist für die Antike Fehlanzeige anzumelden (vgl. o. Fn. 1); die Quellen enthalten dafür nicht einmal ein einigermaßen passendes Wort. Das Stammwort

<sup>55</sup> ‚*tenere caro*‘ = jemanden hoch schätzen; ‚*un attore caro al pubblico*‘ = ein hoch geschätzter, umjubelter Schauspieler. – Spanisch *querer* ‚lieben‘ kommt hingegen nicht etwa von lat. *carus* ‚teuer‘, sondern von *quaerere* ‚suchen, bitten, mögen‘ (*buscar, inquirir, pedir*).

<sup>56</sup> Nach HEUMANN/ SECKEL, Handlexikon s. v.: a) teuer: *caro (pretio) vendere* (D. 19,1,13,3); *annonam cariorem facere* (D. 48,12,2pr.). b) dem Herzen teuer, geliebt: *libertos caros habere* (D. 34,1,5); *ambo parentes dicuntur caram filiam habuisse* (D. 48,18,1,3).

<sup>57</sup> Gemäß der *Bibliotheca Iuris Antiqui* [BIA] 129 Mal, davon 81 Mal in den Digesten.

<sup>58</sup> Ihn verwendet noch RABER im Titel seines Aufsatzes (1972).

<sup>59</sup> Paulus D. 21,2,71: *an et hoc casu interest patris dotatam filiam habere?...quod magis paterna affectio inducit*. Ulpian D. 38,5,1,15: *hoc interesse sua...in quam habet patronus affectionem...*

<sup>60</sup> Gemäß BIA 14 Digestenstellen. Doch stößt man auch dabei auf nicht Einschlägiges, z. B. *ab affectu animi cuiusque aestimandum* in D. 21,1,17,4 i. f.: je nach seiner Gemütsverfassung, seiner inneren Einstellung ist zu würdigen, ob ein Sklave ein *fugitivus* sei.

<sup>61</sup> Vom häufigen Substantiv *materia* abgeleitete Adjektive *materialis* oder *immaterialis* sind kein klassisches Latein. Immerhin begegnet *damnum pecuniarium* dreimal bei Ulpian, nämlich in D. 9,3,5,5 i. f.; D. 21,1,17,18; sowie im Gegensatz zum bloßen Affektionsinteresse in D. 38,5,1,15 (Text 4) i. f.

*affect\** als Vorbild für unser eingebürgertes Lehnwort ‚Affektionsinteresse‘ verwenden die Juristen jedoch häufig, allerdings oft in untechnischer Bedeutung.<sup>62</sup> Für unsere folgende Analyse bedarf es darum zunächst einer Auswahl der in Betracht kommenden Sachverhalte.<sup>63</sup>

4. Bei der Zerstörung eines Gegenstandes aus einem zusammengehörigen Ensemble (einem *corpus ex distantibus*), z. B. eines Pferdes aus einer Quadriga, wurde als Schaden nicht nur das einzelne Objekt isoliert bewertet, sondern auch die Wertminderung der zurückbleibenden Gegenstände.<sup>64</sup> Will ein Pferdehalter (in Abwandlung dieses Falles) zu seinen drei vorhandenen gleichartigen Pferden ein viertes hinzukaufen und erhält er es vertragswidrig nicht geliefert, so übersteigt das ihm zu ersetzende Interesse den Wert eines isoliert verkauften vierten Pferdes. Das ist zwar ein singuläres, aber noch zu ersetzendes Geldinteresse. Ähnlich, wenn ein Grundstücksinteressent eine bestimmte Parzelle zwecks Abrundung seines Besitzes zu erwerben wünscht, oder ein Philatelist eine ihm fehlende Briefmarke zur Komplettierung eines Satzes seiner Sammlung.

[571] 5. In Grenzfällen strebten die römischen Juristen (wie wir im modernen Recht) zuweilen danach, den Begriff ‚Vermögensschaden‘ weit auszulegen und zu ihm ideelle Interessen (teilweise) hinzuzurechnen.<sup>65</sup> Einen entsprechenden Sinneswandel machte eingeständenermaßen Papinian D. 18,7,6,1 unter dem Einfluss von Sabinus durch: Legt der Verkäufer eines Sklaven zu dessen Schutz aus ideellen Motiven dem Käufer eine Vertragsklausel auf, so kann ein Vermögensinteresse des Verkäufers darin bestehen, dass er ihn wegen dieser Klausel billiger verkaufte.<sup>66</sup> Zwar könne nach Papinian D. 18,7,7 *i. f.* in einem solchen Falle zuweilen auch *affectionis ratione* geklagt werden. Damit meint Papinian aber ein

---

<sup>62</sup> Etwa *affectio maritalis, societatis, amicalis, paterna*. Aus dem volkstümlichen Sprachgebrauch der bekannte Liebesbrief bei Scaevola D. 44,7,61,1: *Si in eodem animo et eadem affectione circa me es...*, zu deutsch etwa: „Wenn Deine Liebe und Zuneigung zu mir unverändert fortbesteht...“ Dazu eingehend R. P. RODRÍGUEZ MONTERO, *La carta de Seya*, RIDA 46, 1999, 465-497; SICARI 2007, 158 ff.

<sup>63</sup> Dass sich die Kaiserkonstitutionen der Codices mit unserem Thema nicht beschäftigen, lässt sich vielleicht mit dessen mangelnder praktischer Relevanz in der Spätantike erklären; dies spricht zugleich gegen eine Verfälschung der in den Digesten enthaltenen Überlieferung.

<sup>64</sup> Gaius 3,212 (2. Hälfte *item si*); Paulus D. 9,2,22,1; Inst. 4,3,10. Das lässt sich als Berechnung des objektiven Sachwertes, aber auch des Interesses deuten: BERNH. SCHEBITZ, *Berechnung des Ersatzes nach der lex Aquilia*, Diss. FU Berlin 1987, 273 ff. – Einen Grenzfall schildert Plinius, nat. 7,56: Der raffinierte Sklavenhändler Toranius verkaufte zwei schöne Knaben als Zwillinge. Der getäuschte Käufer merkte bald, dass die beiden verschiedene Sprachen sprachen und aus weit entfernten Gegenden stammten. Der schlaue Toranius erfand eine Ausrede: Das Wunder der bestechenden Ähnlichkeit und Schönheit der beiden sei noch größer als bei wirklichen Zwillingen, darum seien sie sogar noch wertvoller. Ein geschickter Verteidigungskniff. Vgl. E. JAKAB, *Praedicere und cavere* beim Marktkauf, München 1997, 21.

<sup>65</sup> Vgl. D. NÖRR (o. Fn. 34) 5 = 89\*; heute etwa nutzlos aufgewendete Freizeit oder vertane Urlaubszeit: MünchKomm/OETKER (Fn. 30) § 249 BGB Rz. 89 ff., § 253 Rz. 9.

<sup>66</sup> Vom rein ökonomischen Interesse der Gewinnmaximierung betrachtet, schädigte ein Sklavenverkäufer mit der Auflage ‚*ne serva prostituatur*‘ sich selbst. Aber kein Sklavenverkäufer von Würde und Anstand wollte als Mädchenhändler und Zulieferer von Bordellen dastehen, abgesehen von der ihm gegenüber seinen Bediensteten und Hausgenossen obliegenden Fürsorgepflicht; vgl. VIGNERON, BIDR 100, 195.

allgemeines humanitäres Interesse des Verkäufers, kein Affektionsinteresse nach unserem heutigen Verständnis (s. o. Fn. 49 a. E.). Im Gegensatz zu der für das Affektionsinteresse kennzeichnenden Bereitschaft zur Entrichtung eines hohen Erwerbspreises führt nämlich das philanthropische Interesse im letztgenannten Falle zu einer Minderung des Verkaufspreises. Wem am Erhalt eines Gegenstandes aus gefühlsmäßigen Gründen besonders viel liegt, der denkt überdies in der Regel gar nicht daran, sich überhaupt von ihm zu trennen, also ihn zu verkaufen.<sup>67</sup> Ebenso wenig wird jemand seine Haussklaven verpfänden, die er unbedingt benötigt oder die ihm persönlich nahestehen (*perquam necessarii vel quae ad affectionem eius pertinent*) wie seine leiblichen Kinder (D. 20,1,6 *i. f.* bis fr. 8).

In zugespitzten Gegensatz zum Vermögensinteresse gerät das ideelle Interesse an der Unversehrtheit in dem tragischen Fall der Kastration eines jungen Sklaven gegen den Willen seines Herrn:<sup>68</sup> Obwohl dessen Verkaufspreis auf dem Sklavenmarkte wegen der großen Nachfrage nach Eunuchen dadurch stieg, wurde dem jungen Menschen unter Missachtung des Bestimmungsrechts seines Herrn schweres körperliches Leid angetan.

Außer der einleitend erwähnten Trias von Schmachgeld, Schmerzensgeld und Affektionsinteresse gibt es demnach noch eine vierte Restkategorie ideeller Interessen.<sup>69</sup> Zwecks Vermeidung begrifflicher Unklarheiten (wie nach französischem [572] Sprachgebrauch, vgl. Fn. 41) konzentrieren wir unser Augenmerk auf in den Rechtsquellen zu findende Präjudizien für unser heutiges Verständnis vom Affektionsinteresse im dargestellten engeren Sinne.

**6.** Kein schieres Affektionsinteresse hat insbesondere der Nießbraucher eines Landguts an der Erhaltung von Bäumen, auch wenn diese (wie Zypressen) keine verwertbaren Früchte hervorbringen.<sup>70</sup> Die Bäume deshalb abzuhausen, wäre blanker Zynismus. Ein baumbestandenes Grundstück ist auch ökonomisch wertvoller als ein kahles. Die von Paulus D. 43,24,26,1 genannten ideellen Werte der *amoenitas*, *voluptas* und *gestatio*, also die Naturschönheit und

---

<sup>67</sup> Wer wegen beruflicher Ortsveränderung sein Hausgrundstück verkauft, aber im Pensionsalter auf eine Rückkehr hofft, könnte sich sein Affektionsinteresse durch ein Wiederkaufsrecht sichern lassen – jedoch ebenfalls nur gegen einen beachtlichen Preisabschlag.

<sup>68</sup> Vivian-Ulpian D. 9,2,27,28; zu den dort genannten Sanktionen C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano 1997, 120 ff.

<sup>69</sup> Man denke nur an den (für die Gastgeber mehr als peinlichen) Ausfall einer Hochzeitsfeier wegen vertragswidriger Nichtreservierung des bestellten Festsaals: OLG Saarbrücken, NJW 1998, 2912 f. versagte ein „Schmerzensgeld“ schwerer nervlich-seelischer Beeinträchtigung der Braut.

<sup>70</sup> D. 43,24,16,1: Als Beleg für Affektionsinteresse öfters angeführt, aber als Grenzfall zwischen ideellem und pekuniärem Interesse zutreffend eingeordnet von HONSELL 156; RABER 209 f. Beim Interdiktschutz stehen das vorbeugende Verbot der Gewaltanwendung und das Restitutionsgebot im Vordergrund. Mehr zum Schutze der Naturschönheit bei WACKE, *Umweltschutz im römischen Recht?* *Orbis Iuris Romani* 7, 2002, 132 ff. Zu ökologischen Schäden heute MünchKomm./ OETKER § 249 Rz. 26, § 251 BGB Rz. 68.

die Annehmlichkeit, sich in frischer Luft unter schattenspendenden Bäumen spazierend erholen zu können, haben für jeden Besitzer und nicht nur für den gegenwärtigen Nießbraucher ihren Wert.<sup>71</sup>

### VIII. Die Nichtberücksichtigung des Affektionsinteresses

[573] 1. Unsere Quellenanalyse muss beginnen mit den beiden häufig zitierten und fast gleichlautenden Hauptbelegstellen gegen eine Berücksichtigung des Affektionsinteresses,<sup>72</sup> zunächst mit:

**Text 1:** D. 35,2,63pr. [Teil 1] (Paulus *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*): Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest; nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit...

«Der Wert der Güter richtet sich nicht nach der Liebhaberei oder dem Nutzen Einzelner, sondern nach der allgemeinen (Einschätzung). Darum ist, wer einen leiblichen Sohn besitzt, nicht deshalb reicher, weil er ihn, falls ihn ein anderer besäße, um viel Geld zurückkaufen würde. Aber auch wer einen fremden Sohn besitzt, hat nicht soviel (im Vermögen), um wieviel er ihn an dessen Vater verkaufen kann; und man muss nicht warten, bis er ihn verkauft, sondern er ist gegenwärtig nicht als Sohn eines anderen, sondern als (gewöhnlicher) Sklave zu schätzen. In derselben Lage befindet sich ein Sklave, der einen Schaden anrichtete; denn infolge unerlaubten Tuns wird keiner wertvoller...»

Bei dieser einfachen Grundkonstellation geht es nicht um Haftungsfragen und Schadensüberwälzung, sondern schlicht um möglichst veritable Wertermittlung des Nachlasses

<sup>71</sup> Ein weiterer nicht hierher gehöriger Fall (D. 21,2,71) unten IX 3 mit Fn. 93. – Mit dem Affektionsinteresse wenig zu tun hat auch Venuleius D. 46,8,8,2, wonach das Kautionsversprechen eines Prokurators als Gegner im Freiheitsprozess auf *quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari* zu richten ist, also auf „wieviel dem Verklagten daran liegt, dass sein Personenstand (sollte der Vertretene die Genehmigung verweigern) nicht erneut angegriffen werde“. Der Unschätzbarkeit der Freiheit scheint dies zu widersprechen. Entgegen Fr. MOMMSEN 125 f. sichert die *cautio* aber nicht ein bloß immaterielles Interesse (etwa gegen seelische Erregung), denn die wiederholte gerichtliche Anzweiflung des Personenstandes konnte mannigfache Vermögensnachteile zur Folge haben; so MEDICUS 268. Um die Schadensfolgen nicht ins Unermessliche zu steigern und das Risiko des Prokurators auf ein überschaubares Maß zu begrenzen, soll der Richter nach Labeo (im Wege der *taxatio*) einen Höchstbetrag festlegen. Zum Text siehe noch S. TAFARO, *La interpretatio ai verba ‚quanti ea res est‘*, Napoli 1980, 30 f.; VALDITARA (Fn. 72) 161 f. Verliert freilich der Beklagte den Prozess, ist seine Stipulation wirkungslos, denn als Sklave kann er nicht gegen seinen Herrn, den Vertretenen, klagen; den Anspruch hätte er ihm erworben (so Venuleius *in fine*). Zu ähnlich paradoxen Rechtsfällen siehe A. WACKE, *Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurisprudenz*, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, 325-366.

<sup>72</sup> Zu den beiden Kardinalstellen aus neuerer Zeit namentlich G. VALDITARA, *Superamento dell’aestimatio rei nella valutazione del danno Aquiliano*, Milano 1992, 29 ff. (sehr ausführlich); M. MIGLIETTA, *Servus dolo occisus*, Napoli 2001, 264 ff.; Cr. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, Milano 2005, 208 ff.

zwecks Pflichtteilsberechnung nach der *lex Falcidia*. Verantwortlichkeiten oder Zurechnungskriterien bleiben außer Betracht. Es versteht sich von selbst, dass der Wert nach objektiven Kriterien zu eruieren ist, vgl. § 2311 BGB<sup>73</sup> (wie bei heutiger Bilanzierung unter Auflösung von steuerrechtlichen Abschreibungen und betriebswirtschaftlichen Rücklagen).

Das ergibt sich auch aus:

**[574] Text 2:** D. 35,2,62,1 (Ulpianus *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*): Corpora si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est secundum praesens pretium; nec quicquam eorum formali pretio aestimandum esse sciendum est.

«Im Nachlass des Verstorbenen befindliche körperliche Gegenstände sind nach der Wirklichkeit zu schätzen, das heißt nach ihrem gegenwärtigen Wert; und nichts davon darf – wohlgedenkt – nach seinem formalen Werte eingeschätzt werden.»<sup>74</sup>

Durch die Beimengung von Affektionsinteressen wird der Wert des Nachlasses weder erhöht noch vermindert. Wird bei der Erfüllung eines Sachvermögens oder bei der Realteilung eines Nachlasses ein Gegenstand besonders hoch bewertet, so begünstigt dies die übrigen Beteiligten (insbesondere den Haupterben), denn ihnen verbleibt vom restlichen Nachlass um so mehr. Sie hätten also den Vorteil davon, wenn sich der Empfänger wegen seines Affektionsinteresses den erhaltenen Gegenstand zu einem hohen Preis anrechnen lassen müsste. Umgekehrt wird jeder Vermächtnisnehmer oder Teilungspartner bestrebt sein, die ihm selber außergerichtlich zugeteilten Gegenstände möglichst gering zu veranschlagen. Um derartigen Streitigkeiten zuvorzukommen, soll ein rein objektiver Bewertungsmaßstab gelten.

Der (auf Sextus Pedius zurückgehende)<sup>75</sup> Einleitungssatz des Paulus liest sich wie eine wirtschaftswissenschaftliche Bewertungsrichtlinie.<sup>76</sup> Das singuläre Interesse der Blutsverwandtschaft zwischen dem Sklaven und einem möglichen Käufer als Motiv für ein hohes Preisangebot darf nicht den Ausschlag geben; und man soll auch nicht darauf spekulieren, dass solch ein spezieller Kaufinteressent künftig gefunden werden könnte. Entscheidend ist

<sup>73</sup> Gegen die Berücksichtigung von Affektionsinteressen J. P. MEINCKE, Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB, Frankfurt/M. 1973, 155 f. Mögliche Bewertungsmethoden richten sich nach dem Vergleichswert, dem Ertragswert oder nach dem Substanzwert (= Reproduktionswert): Einzelheiten in: MünchKomm.-K. W. LANGE, 4. Aufl. 2004, § 2311 BGB Rz. 21 ff. Angaben des Erblassers über den Wert seines Vermögens sind unmaßgeblich, § 2311 Abs. 2. S. 2. BGB. Nach Justinians Novelle 48 von 537 war eine eidliche Versicherung des Erblassers über den Bestand seines Vermögens hingegen für die Erben verbindlich; WACKE, Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung? SZ 123, 2006, 218 ff.

<sup>74</sup> Zu *formali pretio* (einem *hapax legomenon*) reiche Angaben aus der älteren Literatur bei Otto/ Schilling/ Sintenis (1831); offenbar ein buchmäßiger, nominaler Wert, vgl. Heumann, Seckel s. v., sowie die niederländische Übersetzung von Spruit (2000). In der von d'Ors herausgegebenen spanischen Übersetzung (1972) steht dafür „precio declarado a efectos fiscales“. Aber das ist eine Interpretation unter mehreren möglichen, keine Übersetzung. Zur Schätzung nach der *veritas*, zur Ermittlung des *verum rei pretium* (im Unterschied etwa zum *id quod interest*) reiche Angaben bei S. TAFARO (Fn. 71) 160-198.

<sup>75</sup> Den Pedius zitiert Paulus im Paralleltext unten Nr. 4 Satz 2.

<sup>76</sup> Lehrreich auch die Erkenntnis im folgenden § 2 über schwankende Preise von Verbrauchsgütern je nach Ort und Zeit.

allein, wieviel der Sklave aufgrund seiner gegenwärtigen Kenntnisse und Fähigkeiten für jedermann wert ist. Durchschlagend ist das anschließende Absurditätsargument *delinquendo nemo pretiosior fit*: Infolge einer Schadenstat wird ein Lieblingsklave nicht etwa deshalb wertvoller, weil sein Herr eher den Schaden begleichen als diesen Sklaven dem Geschädigten ausliefern (also *noxam sarcire* anstatt *noxae dedere*) würde. Die Noxalhaftung lastet umgekehrt pfandrechtsähnlich auf dem Sklaven (*noxam caput sequitur*); und für die Freiheit von der Noxalhaftung muss ein Verkäufer regelmäßig eintreten.

[575] Beim heutigen reinen Geldpflichtteil (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB) ist eine Berücksichtigung des Affektionsinteresses ausgeschlossen. Unter Miterben könnte ihm aber durch Veranstaltung einer Teilungsversteigerung Rechnung getragen werden. Im römischen Zivilprozess verhinderte das *iusiurandum in litem*, dass ein obsiegender Kläger seine Sache wider Willen infolge der Geldverurteilung in den objektiven Sachwert verlor. Wie ein Verkäufer konnte der Kläger vielmehr (unter Eid) selber bestimmen, wieviel ihm die Sache wert war. Der Schätzungseid durfte darum über den Sachwert hinausgehen;<sup>77</sup> damit trug man auch dem Affektionsinteresse des Klägers Rechnung. Der Mehrbetrag galt aber als Strafe für die *contumacia* des Beklagten, wegen der von ihm verweigerten Sachrestitution. Dieses Erzwingungsgeld musste ihn darum persönlich treffen und durfte gleichfalls nicht den Nachlass belasten:

**Text 3:** D. 35,2,60,1 (Iavolenus *libro quarto decimo ex Cassio*): Legato petito cum in litem iuratum est, ratio legis Falcidiae non eius summae, in quam legatarius iuravit, haberi debet, sed eius, quanti re vera id fuit quod petatum est: nam id quod poenae causa adcrevit, in legem Falcidiam non incidit.

«Wurde ein Vermächtnis eingeklagt und der Streitwert beschworen, so ist bei der Berechnung nach der *lex Falcidia* nicht die vom Bedachten beschworene Summe zugrunde zu legen, sondern wieviel die eingeklagte Sache in Wirklichkeit wert war: Denn was zur Strafe hinzukam, fällt nicht unter das Falzidische Gesetz.»

2. Zur objektiven Schadensberechnung bei der *lex Aquilia* äußert sich fast gleichlautend nochmals Paulus:

**Text 4:** D. 9,2,33pr. (Paulus *libro secundo ad Plautium*): Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiores esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amississe dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.

<sup>77</sup> Ulpian D. 12,3,1: „...non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.“

«Tötetest du meinen Sklaven, so sind Gefühlswerte meines Erachtens nicht zu veranschlagen (falls jemand beispielsweise deinen leiblichen Sohn tötete, welchen du um einen hohen Preis kaufen würdest), sondern (nur), wieviel er für jedermann wert ist. Auch Sextus Pedius sagt, dass sich die Preise von Gütern nicht nach der Neigung oder dem Nutzen Einzelner, sondern nach der allgemeinen (Wertschätzung) richten. Darum ist, wer seinen leiblichen Sohn [576] besitzt, nicht deshalb reicher, weil er ihn, falls ihn ein anderer besäße, um viel Geld zurückkaufen würde; ebenso hat, wer einen fremden Sohn besitzt, nicht soviel (im Vermögen), um wieviel er ihn an dessen Vater verkaufen könnte. Nach der *lex Aquilia* erhalten wir nämlich unseren Schaden ersetzt; und einen Verlust erleiden wir, sofern wir etwas entweder hätten erlangen können oder aufzuwenden gezwungen waren.»

Die Anwendung der objektiven Sachwertberechnung auch bei der Schadensschätzung nach der *lex Aquilia* (ursprünglich eine gemischte Strafklage) war nicht selbstverständlich. Paulus folgt aber der Ansicht des Pedius. Dies ist (auch) seine persönliche Meinung (*puto*). Ob bei vorsätzlicher Tötung eines Sklaven das Affektionsinteresse vom Ersatz ebenfalls ausgeschlossen sein sollte, könnte man berechtigterweise fragen. Im Schlusssatz wird definiert, was unter Schaden (*damnum*) zu verstehen sei.

3. Nicht zu ersetzen sind Affektionsinteressen auch nach Ulpian bei entgangenen Sklavendiensten:

**Text 5:** D. 7,7,6,2 (Ulpianus *libro quinquagesimo quinto ad edictum*): Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit.

Die Selbstverpflichtung des Bearbeiters, jede Einzelheit zu übersetzen, bringt ihn hier in Schwierigkeiten, weil unklar ist, inwieweit sich die beiden am Schluss genannten Beispielfälle (*veluti*) voneinander unterscheiden. Die von Behrends *cum sociis* vorgeschlagene Übersetzung mag näherungsweise das Richtige treffen:

«Ebensowenig wird Vergnügen (am Sklaven) oder besondere Vorliebe bewertet, etwa wenn der Herr ihn besonders gern hatte oder er sein Lieblingsssklave war.»

Es geht um den Ersatz vorenthaltener Sklavendienste. Unklar ist der Haftungstatbestand:<sup>78</sup> Der Sklave mag entführt (bzw. zur Flucht überredet) oder eingesperrt bzw. arbeitsuntauglich verletzt worden sein. Eine Begründung für die Versagung des Ersatzanspruchs fehlt. Einen Fingerzeig gibt der vorangehende § 1. Danach sind nicht zu ersetzen die Dienste eines noch nicht fünfjährigen,<sup>79</sup> eines gebrechlichen oder sonstwie arbeitsuntauglichen Sklaven; sie zu unterhalten kostet mehr als sie leisten können. Ebenfalls nicht zu bewerten ist nach § 2, wenn der Herr eine besondere Vorliebe für diesen Sklaven hegte.

<sup>78</sup> Zur gleichfalls unklaren Anspruchsgrundlage siehe RABER 204; MIGLIETTA (Fn. 72) 278 f. Vielleicht *ex testamento*? Von einer dinglichen Klage geht aus die von S. Schipani besorgte italienische Digestenübersetzung, Milano 2005.

<sup>79</sup> HERRMANN-OTTO (Fn. 82) 310 f. hebt die signifikant erhöhte Sterblichkeitsrate von Hausklaven (*vernae*) im Alter von 5 Jahren hervor, was mit den von da an zu erbringenden Arbeitsleistungen zu erklären sei.

*Diligere*, ‚hoch schätzen, wert [577] halten‘ kennzeichnet zutreffend das besondere Affektionsinteresse.<sup>80</sup> Hier dürfte das Wort auch in der (obschon seltenen) Bedeutung sinnlicher Liebe gemeint sein, und zwar (wenngleich nicht notwendig) in einer homoerotischen Beziehung.<sup>81</sup> Elisabeth Herrmann-Otto schilderte eindrucksvoll das traurige Dasein alt gewordener *delicati* (oder *dilecti*), deren Schönheit verblasst ist, so dass ihre Liebesdienste kaum noch geschätzt werden, und die ansonsten nicht viel für das Leben gelernt haben.<sup>82</sup> In jungen Jahren aber brachte schon der Anblick ihres hübschen Gesichts so manchen Herrn in Entzücken. Es passt zu den beiden zuvor betrachteten Paulustexten, wenn der Entgang derartiger, moralisch mehr als bedenklicher Sklavendienste nicht zu vergüten war.<sup>83</sup>

4. Wegen eines bloßen Affektionsinteresses darf auch ein Patron nicht entgeltliche Verfügungen seines Freigelassenen anfechten:

**Text 6:** D. 38,5,1,15 (Ulpianus *libro quadragensimo quarto ad edictum*): Et alias videamus, si dicat patronus rem quidem iusto pretio venisse, verumtamen hoc interesse sua non esse venumdatam inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis vel vicinitatis vel caeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti, an debeat audiri volens revocare. sed nullo pacto erit audiendus: fraus enim in damno accipitur pecuniario.

«Auch sonst ist zu überlegen, wenn der Freilasser angibt, eine Sache sei zwar zum angemessenen Preise verkauft worden, doch sei ihm besonders daran gelegen, dass sie nicht veräußert wurde, und seine Benachteiligung bestehe darin, dass eine Besitzung verkauft wurde, mit der ihn besondere Gefühlswerte verbinden – sei es wegen ihrer günstigen Lage, wegen der Nachbarschaft oder des [578] Luftraums – oder weil er dort großgezogen wurde oder seine Eltern dort begraben liegen: ob er mit seinem Widerrufswillen zu hören sei. Aber unter keiner Bedingung ist der (damit) zu hören: Unter ‚Benachteiligung‘ wird (hier) nämlich (nur) der Schaden am Gelde verstanden.»

Der Patron hatte ein Pflichtteilsrecht am Nachlass, wenn sein Freigelassener ohne leibliche Erben verstarb. Denn erst die Freilassung gab dem *libertus* die Möglichkeit, eigenes

<sup>80</sup> In den Rechtsquellen selten. *Fraterna caritate diligere*, ‚mit brüderlicher Liebe‘, in D. 28,5,59,1.

<sup>81</sup> D. DALLA, *Ubi venus mutatur: Omosexualità e diritto nel mondo romano*, Milano 1987, 37 ff. Dalla 39 f. weist freilich darauf hin, dass der *terminus ‚servus‘* die *ancilla* oder *serva* mit umfasst.

<sup>82</sup> E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus*. Untersuchungen zu den hausgeborenen Sklaven und Sklavinnen, Stuttgart 1994, 309 ff., Quellen (mit Lit. über Unterschiede zwischen *delicati* und *deliciae*) auch S. 18 Fn. 69 f. – Entgangene Lustspiel-Darbietungen durch einen Unterhaltungskünstler (etwa einen *pantomimus*: D. 38,1,25,1 und 27) dürften von D. 7,7,6,2 nicht gemeint sein.

<sup>83</sup> Päderastische Beziehungen zu freigebohrenen Kindern standen unter schwersten Strafen. Sklavenkinder hingegen wurden hierzu eigens angeschafft: HERRMANN-OTTO 311. Von der *lex Aelia Sentia* gebilligte *causae* für eine vorzeitige Freilassung waren nach Ulpian D. 40,2,16pr. *non ex luxuria, sed ex affectu* zu prüfen: *neque enim deliciis, sed iustis affectionibus* durfte die Freiheit gewährt werden, also nicht zwecks Befriedigung sinnlicher Gelüste (oder als Entlohnung dafür), sondern aus edler Zuneigung. Aufwendungen *ad delicias* stellte Labeo D. 15,3,3,6 der Beschaffung von Luxusartikeln (wie Kosmetika), ja sogar den Ausgaben für unanständige Zwecke gleich (*ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus ministravit*). Hausratsgegenstände (*suppellex*) sind nach D. 33,10,11 nicht solche, welche *magis deliciarum quam usus causa paratum* sind wie eherne Springbrunnen.

Vermögen zu erwerben. Hatte der *libertus* Vermögensstücke *fraude*, in der Absicht veräußert, das Pflichtteilsrecht des Patrons zu beeinträchtigen, so haftete ihm der Erwerber auf Rückgewähr mit den *actiones Fabiana* (bei testamentarischer Erbfolge) bzw. *Calvisiana* (bei Intestaterbfolge).<sup>84</sup> Ulpian fragt, ob trotz regulärer Veräußerung zum Verkehrswert eine Benachteiligung des Patrons auch im Verlust eines Anwesens mit besonderem Affinitätswert für ihn gefunden werden könne, und nennt hierfür diverse Beweggründe. Es ist ein Glücksfall, dass die Kompilatoren trotz ihrer ansonsten in massiver Weise vorgenommenen Streichungen die anschaulichen Beispiele überlieferten, bei denen das Affektionsinteresse des Patrons den Marktwert übersteigen kann.<sup>85</sup> Die Frage wird apodiktisch<sup>86</sup> mit der Begründung verneint, nur die Vermögensinteressen des Patrons seien geschützt. Zur Vertiefung dieser Begrenzung lässt sich zweierlei anführen. Erstens: Soweit das Vermögen des *libertus* aus Zuwendungen des Patrons herrührt (indem er ihm Sachen seines Sonderguts bei der Freilassung nicht ausdrücklich entzog),<sup>87</sup> hat der Freilasser selber schon sein Affektionsinteresse daran preisgegeben oder gelockert. Zweitens und vor allem wäre eine Revokation von Gegenständen, die der *libertus* zu angemessenem Preise veräußerte, im Interesse des entgeltlichen Erwerbers und damit des Verkehrsschutzes untragbar. *Emptorem non esse inquietandum*, lehrte Paulus (unter Berufung auf Pomponius) im vorausgehenden § 14 bei einer Veräußerung *bona fide sine ulla gratia*. Der Patron kann nur versuchen, das Objekt (notfalls gegen einen höheren Preis) zurückzukaufen. Aus dem letzten Satz ergibt sich die Schlussfolgerung: Das Affektionsinteresse ist kein *damnum pecuniarium*; in Geld ist es nicht zu bewerten.

## IX. Das Affektionsinteresse als Klagegrundlage

[579] 1. Bejaht wird hingegen die Anfechtung des Testaments eines Freigelassenen durch den Patron in ganz ähnlichen Fällen von:

**Text 7:** D. 38,2,36 (Iavolenus *libro octavo epistularum*): *Libertus, qui solvendo non erat, praeterito patrono extrarios relinquit heredes: quaero, an possit patronus petere contra tabulas*

<sup>84</sup> KASER, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, 709; M. G. ZOZ DE BIASIO, I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari, Milano 1978; C. MASI DORIA, Bona libertorum, Napoli 1996. ‚*Fabiana*‘ in 25 Digestentexten, in dreien hingegen ‚*Faviana*‘ genannt.

<sup>85</sup> Krass negativ beurteilt hingegen von E. GENZMER, Die antiken Grundlagen vom gerechten Preis, Sonderheft von Rabels Zeitschr. 11, 1937, 44 f.: „sinnlos gehäufte Beispiele“. Zu einem dieser Beispiele A. PALMA, Iura vicinitatis, Torino 1988, 47 ff. Mit der ‚Nachbarschaft‘ wird das Interesse an der Arrondierung vorhandenen Grundbesitzes gemeint sein. Vorzüge des *caelum* (Annehmlichkeiten von Klima oder Atmosphäre, eine Höhenlage mit einmalig schöner Aussicht) steigern hingegen den Wert für viele Interessenten und gehen damit über reines Affektionsinteresse hinaus. Gleiches gilt für Grundbesitz mit besonderem Erholungswert, im Gegensatz zu ungesunden Landstrichen.

<sup>86</sup> Deutet die abrupte Verneinung *sed nullo pacto...* der legitimen Frage *an debeat audiri?* auf die Streichung eines Kontroversenberichts?

<sup>87</sup> WACKE, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum*. Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung, in: Iura 42 („1991“) 43-95.

bonorum possessionem. respondit: cum a scriptis heredibus adita est hereditas, patronus contra tabulas bonorum possessionem petere potest, quia solvendo hereditas est, quae inveniat heredem. et sane absurdum est ius patroni in petenda bonorum possessione contra tabulas aliorum computatione, non iudicio ipsius patroni aestimari auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est. multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulchra sint et magni aestimat patronus bonorum possessione iura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum. non ergo ideo minus habere debet ius petendae bonorum possessionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat, cum eo ipso sufficere patrimonium videri possit, quod et heredem habeat et bonorum possessorem.

«Ein überschuldeter Freigelassener übergibt (im Testament) seinen Patron und setzt fremde Erben ein. Ich frage, ob der Patron entgegen dem Testamentsinhalt den Nachlassbesitz fordern könne. Er antwortete: Nachdem von den eingesetzten Erben die Erbschaft angetreten wurde, kann der Patron gegen den Testamentsinhalt den Nachlassbesitz verlangen, weil eine Erbschaft als nicht überschuldet gilt, welche einen Erben fand. Fürwahr wäre es widersinnig, das Recht des Patrons auf den Nachlassbesitz wider den Testamentsinhalt nach der Berechnung Anderer, nicht nach der Beurteilung des Patrons selber einzuschätzen und ihm das Wenige wegzunehmen, was er verlangen kann. Viele Fälle lassen sich nämlich finden, in denen dem Patron das Verlangen nach dem Nachlassbesitz wider den Testamentsinhalt nützt, obgleich die Menge der vom Freigelassenen hinterlassenen Schulden den Aktivbestand seines Vermögens überschreitet, zum Beispiel wenn irgendwelche Grundstücke aus den Gütern da sind, in denen Vorfahren des Patrons begraben liegen, und der Patron es hoch schätzt, dass die Rechte des Nachlassbesitzes zum Teil ihm zustehen, oder irgendein Sklave, der nicht nach seinem Werte, sondern aufgrund besonderer Zuneigung geschätzt wird. Nicht deshalb also darf man dem Patron seinen Anspruch auf den Nachlassbesitz verweigern,<sup>88</sup> weil er eher nach seinem Gefühl als nach der Berechnung Anderer das Vermögen des Freigelassenen einschätzt, da man schon deswegen den Nachlass als genügend ansehen kann, weil er sowohl einen Erben als auch einen (interessierten) Nachlassbesitzer fand.»

[580] Der Pflichtteil des Patrons scheint nicht beeinträchtigt zu sein, wenn der Nachlass des Freigelassenen überschuldet ist. Der objektiv berechnete Nachlasswert bildet für Javolen aber nicht die Grenze für den Antrag des Patrons auf Erteilung des Nachlassbesitzes *contra tabulas*. Javolens ausführliche Überlegungen tragen in lebensnaher Weise der Erfahrungstatsache Rechnung, dass manche Menschen aus subjektiven Begehrlichkeiten bereit sind, für bestimmte Dinge einen über dem realen Marktwert liegenden Preis zu zahlen. Die Überschuldung des Nachlasses kann mit anderen Worten aufgewogen werden durch das Affektionsinteresse des Patrons an bestimmten Nachlassgegenständen. Bis zu welcher Relation zwischen Überschuldung und Affektionsinteresse ein Erbschaftserwerb für ihn noch von Vorteil sein kann, hängt von seiner subjektiven Einschätzung ab. Interessen anderer Erwerber, insbesondere der Testamentserben sind hier – bei erbrechtlicher Sukzession – nicht zu schützen. Darum kann Javolen hier die Voraussetzungen für das Antragsrecht des Patrons *we it*

<sup>88</sup> Wörtlich: „Um nichts weniger muss ihm deshalb sein Anspruch... zustehen...“

auslegen – im Gegensatz zur engen Auslegung Ulpian's im vorerwähnten, sehr ähnlichen Falle (Text Nr. 6).<sup>89</sup> Die Berücksichtigung des Affektionsinteresses hängt demnach vom jeweiligen Kontext, von der Interessenlage, letztlich vom jeweiligen Schutzzweck einer Norm ab.

2. Antragsvoraussetzung, aber nicht das Klageziel<sup>90</sup> bildet das Affektionsinteresse auch im folgenden, selten behandelten und nicht leicht zu übersetzenden Fragment Hermogenian's:

**Text 8:** D. 4,4,35 (Hermogenianus *libro primo iuris epitomarum*): Si in emptionem penes se collatam minor adiectione ab alio superetur, implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse emptam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quod maiorum eius fuisset: tamen ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.

«Wurde bei einem ihm zugesprochenen Kauf ein Minderjähriger durch das bessere Gebot eines anderen übertroffen, so ist er mit seinem Gesuch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu hören, wenn sein Interesse am Erwerb dieser Sache bewiesen wird, zum Beispiel weil sie seinen Vorfahren gehörte; allerdings muss er selber den um das bessere Gebot erhöhten Preis dem Verkäufer anbieten.»

Ein unter 25 Jähriger wurde dadurch benachteiligt (*captus*), dass nicht er, sondern ein anderer durch ein höheres Gebot den Zuschlag erhielt. Als Nachteil für den *minor* genügt nach Hermogenian sein ideelles Interesse am Erwerb der Sache, [581] weil sie etwa einem Vorfahren gehörte. Der *minor* erhält dann antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; er muss aber folgerichtig den um das Mehrgebot des Konkurrenten erhöhten Preis entrichten. Er kann also wählen, ob er auf dem Erwerb auch gegen Zahlung des höheren Preises bestehen oder von ihm Abstand nehmen will. Tritt er in das Mehrgebot ein, wird die Person des Käufers ausgewechselt; Interessen des Verkäufers sind nicht betroffen.

Das Affektionsinteresse wird hier nicht richterlich taxiert und dem Minderjährigen zuerkannt;<sup>91</sup> zur Wertermittlung (einschließlich individueller Gefühlswerte) diene vielmehr das Versteigerungsverfahren. Unklar bleibt, weshalb den Zuschlag zunächst der Minderjährige erhielt, die Sache dann aber einem anderen zugesprochen wurde. Erhielt der *minor* den Zuschlag etwa nur unter dem Vorbehalt, dass binnen bestimmter Frist kein Mehrgebot abgegeben werde?<sup>92</sup> So salomonisch, wie Hermogenian den Konflikt zwischen beiden Bietern

<sup>89</sup> Javolens Argumentation ist tief-sinnig, trotz der von RABER 211 f. für „relativ simpel“ gehaltenen Sachverhalte (zu ihnen schon oben III 1 Abs. 2), mag auch das Absurditätsargument nicht das aller stärkste sein. Wegen weiterer Einzelheiten ist zu verweisen auf die gründlichen Erläuterungen von B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 190 ff.; MASI DORIA (Fn. 84) 291 ff.; jetzt von SICARI 2007 passim (o. Fn. 46).

<sup>90</sup> Vgl. STÖRMER 57 ff. mit Anführung älterer Autoren, namentlich COCCEJI. Der *minor* erhält Restitution *w e g e n* (*propter*) *affectionem* (so Bartolus, nach Störmer S. 59).

<sup>91</sup> Zut. FR. MOMMSEN 127.

<sup>92</sup> Vgl. die Anmerkung zur Übersetzung von Otto/ Schilling/ Sintenis (1830). *Conferre* heißt hier jemandem etwas zuwenden, übertragen, s. Heumann/ Seckel s. v. Nr. 5. An einen privaten Verkauf unter Bessergebotsklausel ließe sich einen Augenblick lang denken. Für eine Auktion sprechen jedoch die Wörter *licitatio*, *superare*, *adiectio*; letzteres bedeutet hier Mehrgebot, Heumann/ Seckel s. v. Nr. 4.

löst, ist die Entscheidung auf den zweiten Blick überdies nicht. Bei echter Zurückversetzung in den früheren Zustand müsste die Versteigerung wiederholt bzw. fortgesetzt werden: Der Minderjährige müsste, um dann den Zuschlag zu erhalten, das Gegengebot überbieten, auf die Gefahr hin, seinerseits wiederum überboten zu werden. Als Vergünstigung für den *minor* erscheint es, wenn er nicht mehr als das höhere Gebot des Konkurrenten bezahlen muss. Eine Wiederholungsmöglichkeit zieht der Jurist aber offenbar nicht in Betracht; außerdem wird unterstellt, dass der Konkurrent sein Gegengebot nicht weiter erhöht hätte, weil seinem Erwerb vermutlich kein gleichwertiges eigenes Affektionsinteresse zugrunde liegt. Schließlich war der Gefahr zu begegnen, dass bei Beteiligung eines Minderjährigen (ohne Hinzuziehung seines Kurators) letztlich jede Auktion angefochten werden könnte; die Rechtssicherheit hätte dies schwerwiegend erschüttert. Festzuhalten bleibt, dass über rein ökonomische Interessen Minderjähriger hinaus auch ihr ideelles Interesse am Erhalt eines Gegenstandes in der Familie geschützt wurde.

3. Zur Begründung eines Regressanspruchs wegen Eviktion beruft sich schließlich Paulus in einem längeren Fragment aus seinen Quaestionen D. 21,2,71 in weitschweifiger Argumentation auf das Interesse eines Vaters an der Ausstattung seiner Tochter mit einer Mitgift (*interest enim patris filiam dotatam habere*) und am Ende auf die *paterna affectio*. Das Affektionsinteresse an einem bestimmten Gegenstand steht hier nicht zur Debatte. Wegen Eviktion kann nach Paulus ein Käufer auch klagen, wenn er das gekaufte Grundstück seiner Tochter zur Mitgift gab, obwohl nicht er selber, sondern die Tochter den Verlust erleidet. Das Interesse, welches jeder Vater an standesgemäßer Dotierung seiner Tochter hat, dient hier (unter anderen Argumenten) als Begründung für den Ersatzanspruch; [582] zu ersetzen ist aber nicht ein Affektionswert, sondern das stipulierte *duplum* des Kaufpreises bzw. (aus der *actio empti*) das Interesse von Tochter und Schwiegersohn am Unterbleiben der Eviktion.<sup>93</sup>

## X. Der Ersatz des Affektionsinteresses als Klageziel

1. Der Schlüsseltext zum Ersatz des Affektionsinteresses ist das bereits erwähnte Fragment Papinians:

**Text 9:** D. 17,1,54pr. [Teil 1] (Papinianus *libro vicesimo septimo quaestionum*): Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus

<sup>93</sup> FR. MOMMSEN 126. – I. REICHARD, Die Frage des Drittschadensersatzes im klass. röm. Recht, 1993, 195 ff. erklärt die für sein Thema wichtigen Worte ‚*ex empto vel*‘ ohne eigene Begründung für interpoliert. – Der Vater müsste der Tochter ersatzweise ein anderes Grundstück zur Mitgift geben, wenn es die Lebensgrundlage ihrer Familie bildet. Auch ein Schenker müsste wegen Eviktion Regress nehmen können. Denn niemand schenkt grundlos, ohne dem Beschenkten gewogen zu sein; und ein Schenker ist blamiert, wenn das Geschenk dem Empfänger wieder entzogen wird (obschon er ihm ohne *dolus* nicht wegen Eviktion haftet).

manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse; placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam...

«Erteilte ein Sklave einem Dritten den Auftrag, ihn zu kaufen, ist der Auftrag nichtig. Ging aber der Auftrag dahin, den Sklaven freizulassen, und ließ er ihn nicht frei, so erlangt der Herr als Verkäufer den Kaufpreis, und es wird des (verletzten) Gefühlswerts wegen aus Auftrag geklagt werden: Nimm an, der Freizulassende sei der natürliche Sohn oder Bruder. Es besteht nämlich Einvernehmen unter den einsichtigeren Juristen, dass Gefühlswerte bei sich nach Treu und Glauben richtenden Klagen zu berücksichtigen sind...»

Ein Sklave beauftragte einen Dritten, ihn seinem Herrn abzukaufen und freizulassen. Weshalb ihn sein Herr nicht selber freiließ, ist unklar. Vielleicht hatte der Herr noch nicht das nach der *lex Aelia Sentia* erforderliche Mindestalter erreicht, oder das Erscheinen vor dem Prätor *in iure* zwecks Vornahme der *manumissio vindicta* war ihm zu beschwerlich, oder der Sklave wünschte sich den Käufer zum Patron und sein Herr wollte die Patronatsrechte dem Käufer zuwenden. Überdies erhielt der Herr als Entschädigung für seine abgetretenen Patronatsrechte<sup>94</sup> den [583] Kaufpreis. Den Verkehrswert des Sklaven kann der vereinbarte Preis wegen der Freilassungsaufgabe aber nicht erreicht haben; der Preis war um so niedriger, je früher die *manumissio* vorzunehmen, je geringer also die verbleibende Nutzungszeit der Sklavendienste für den Käufer war. Das Treuhandgeschäft besteht mithin aus einer Kumulation von Sklavenverkauf und Auftrag zur Freilassung; dementsprechend stehen dem Verkäufer aus beiden Verträgen Erfüllungsansprüche zu. Mit dem Empfang des Preises ist das Interesse des Verkäufers noch nicht befriedigt; die Preiszahlung bildet nur einen Teil der vom beauftragten Käufer zu erbringenden Leistungen. Dem Verkäufer verbleibt die aus dem Mandat seines Sklaven erworbene *actio mandati directa* auf Ausführung des Auftrags, und zwar ‚*affectus ratione*‘. Damit kann nicht das pekuniäre Interesse des Verkäufers daran gemeint sein, dass er den Sklaven wegen der Freilassungsaufgabe unter seinem Verkehrswert verkaufte.<sup>95</sup> Dieses Geldinteresse berücksichtigte Papinian im Anschluss an Sabinus schon in D. 18,7,6,1 (oben bei Fn. 66). Stünde das Geldinteresse zur Debatte, dann hätte es der doppelten Berufung auf das Affektionsinteresse hier nicht bedurft. Das Geldinteresse scheidet als Klageziel überdies schon

<sup>94</sup> Inwieweit die vermögenswerten Patronatsrechte quantifizierbar waren, war anscheinend umstritten. Ablehnend Paulus D. 19,5,5,5 i. f. mit 5pr.: *An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari.* („Ist dabei abzuziehen, dass ich einen Freigelassenen gewonnen habe? Aber dieser Gewinn lässt sich nicht in Geld schätzen“). Dazu J. SCHMITT-OTT, *Pauli Quaestiones*, Berlin 1993, 231 f. (in Fn. 102 weitere Quellen). Dafür aber offenbar Ulpian D. 40,5,45pr.: *...doli exceptione uti potest in id, quod intererit ancillam suam habere*; dazu WACKE, *Das fideicommissum a debitore relictum*, TRG 39, 1971, 257 ff., auf italienisch in: *Iura* 46, 1995, 21 ff.

<sup>95</sup> So freilich MEDICUS, *Id quod interest* 154; ihm zustimmend WIELING, *SZ* 89, 1972, 467 f.; gegen Medicus aber zu Recht HONSELL 154. RABER 206 bestreitet zu Unrecht einen Widerspruch zur ablehnenden Ansicht von Pedius-Paulus und befasst sich nicht mit den Gründen.

deshalb aus, weil aus dem (zwangsläufig unentgeltlichen) Mandat (aber nicht *ex vendito*) geklagt wird.<sup>96</sup> Ein Beauftragter muss jedoch nach Treu und Glauben den Willen seines Mandanten befolgen und dessen Interessen respektieren, und zwar über das rein ökonomische Interesse hinaus auch ideelle Interessen. Hierin unterscheiden sich Geschäftsführerplichten grundlegend von reinen Bewertungsrichtlinien (Text 1) und von der Deliktshaftung für Sachbeschädigungen (Text 4). Es liegt vermutlich an der weniger sinnfälligen Gestaltung des Sachverhalts, wenn der die Ersatzpflicht bejahende Papiniantext in nachrömischer Zeit nicht so stark beachtet wurde wie die beiden verneinenden Äußerungen von Pedius-Paulus.

Der Begründungssatz *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam* ist nach Okko Behrends (o. Fn. 36) „der historisch wertvollste Gehalt des Fragments“. Um seiner Bedeutung gerecht zu werden, setzte ich ihn abweichend von den geläufigen Editionen nicht in Klammern. Im seltenen Hinweis auf die *prudentiores*, die klügeren Juristen,<sup>97</sup> steckt ein dezentes Eigenlob.<sup>98</sup> [584] Der wegen seiner moralischen Einstellung bekannte Papinian<sup>99</sup> schlägt sich damit auf die Seite der Befürworter des Ersatzes von Affektionsinteressen. Justinians Kompilatoren hätten sich weniger zurückhaltend ausgedrückt, wenn sie den Satz eingefügt hätten.<sup>100</sup> Papinians Schriften blieben überdies wegen der ihm nach seinem Opfertode entgegengebrachten hohen Verehrung vor nachklassischen Veränderungen eher verschont. Für die Überlieferung dieser wichtigen Äußerung sollten wir dankbar sein.

Gerichtet ist das Affektionsinteresse hier (abweichend von den zuvor erörterten Fällen) darauf, dass der verkaufte Sklave, der als Blutsverwandter dem Verkäufer besonders nahe steht,<sup>101</sup> die Freiheit bekommt, also auf Ausführung des Mandats.<sup>102</sup> Papinian zufolge bejahen

<sup>96</sup> Dies betonte zutreffend schon COHNFELD (Fn. 5) 74.

<sup>97</sup> Von „einsichtsvolleren Gelehrten“ sprechen Behrends/ Knütel/ Kupisch/ Seiler. Aber ‚einsichtsvoll‘ lässt sich nicht steigern. Zur Übersetzung von *affectus ratione* schon o. Fn. 49.

<sup>98</sup> Getadelt wird umgekehrt eine gegenteilige Meinung, welche ‚*imprudentibus*‘ zugeschrieben wird, wie in D. 21,1,17,4 *i. f.* (Fehldeutung des Begriffs *fugitivus*, s. o. Fn. 60).

<sup>99</sup> S. zuletzt U. MANTHE, Ethische Argumente im Werk Papinians, *Orbis Iuris Romani* 10, 2005, 143-166. Zuvor SICARI 1996, *passim*.

<sup>100</sup> Für Echtheit R. KNÜTEL, Das Mandat zum Freikauf, in: D. Nörr/ S. Nishimura (Hrsgg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin u. a. 1993, 368 ff., Fn. 74 m. weit. Lit.; SICARI 1996, 298 ff.; KASER/ KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Aufl. 2005, § 34 Rz. 5. Justinian tendierte eher zur Einschränkung der Ersatzpflicht, vor allem mit der Begrenzung des Interesses auf das *duplum*, C. 7,47,1.

<sup>101</sup> Die Hervorhebung der Blutsverwandtschaft unterstreicht die Stärke des Affektionsinteresses; entgegen BEHRENDTS, *Studi Sanfilippo V* 32 muss dies nicht deshalb unecht sein, weil Papinian in D 18,7,7 das allgemeine mitmenschliche Motiv, einem Sklaven eine Wohltat zu erweisen, für den Klageanspruch genügen lässt. Für WIELING (Fn. 95) ist das Beispiel „ungeschickt“: Wer Interesse an der Freiheit seines Sohnes hat, werde das Patronat über ihn nicht einem Dritten verschaffen wollen. Aber anscheinend war gerade dies (aus welchen Gründen auch immer) beabsichtigt.

<sup>102</sup> Eine Rückgewähr des Sklaven (eventualiter erwogen von KNÜTEL 370) würde das Erfüllungsinteresse des Verkäufers und Auftraggebers nicht befriedigen. – Hingegen gewährt Paulus D. 19,5,5pr. mit § 5 bei

die *prudentiores* die Ersatzpflicht auch bei anderen *bonae fidei iudicia*. Zu denken ist an die Nichterfüllung von Kaufverträgen, die auf den Erwerb eines *filius naturalis*<sup>103</sup> oder des Elternhauses<sup>104</sup> gerichtet sind. Mit bloßer Rückgewähr des Kaufpreises oder Befreiung von der Zahlungspflicht (also mit Rücktritt vom Verträge) wäre dem Erfüllungsinteresse des Käufers dann nicht genügt. Zwecks Festlegung des Affektionsinteresses wurde der Kläger vermutlich zum Schätzungseid zugelassen (vgl. o. bei Fn. 18), welchen er bei allen *bonae fidei iudicia* schwören durfte.<sup>105</sup>

[585] 2. Zu ersetzen ist Affektionsinteresse schließlich auch, wenn vorsätzlich Hauskinder sittlich verdorben oder der *patria potestas* entzogen wurden, obgleich die Quellen hierzu nicht von *affectio* reden:

**Text 10:** D. 11,3,14,1 (Paulus *libro nono decimo ad edictum*): De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset: et pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente. sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.

«Wegen Verführung eines Haussohns oder einer Haustochter ist für dieses Edikt kein Raum, weil diese Klage wegen Verführung von Sklaven geschaffen ist, die sich in unserem Vermögen befinden: Ihr Herr, der Würde und Ansehen seines Hauses erhalten will, kann dann nämlich beweisen, dass er ärmer wurde. Aber eine analoge Klage ist zuständig und vom Richter ist (dies) gemäß seiner Amtspflicht zu schätzen, weil uns daran gelegen ist, dass die Gesinnung unserer Kinder nicht verdorben werde.»

Durch die Verführung eines Sklaven erleidet dessen Herr einen Vermögensschaden, denn ein sittlich verdorbener Sklave hat einen geringeren Handelswert. Die Verführung eines Hauskindes ist noch verwerflicher, denn sie ist kaum wieder gutzumachen, wohingegen der Herr sich von einem verdorbenen Sklaven trennen könnte.<sup>106</sup> Wer die *actio utilis* mit der herrschenden Ansicht für unecht erklärt,<sup>107</sup> dem fehlt das Gespür für die familiäre Tragik.

---

Nichterfüllung des Übereinkommens zweier Sklavenhalter, jeweils den *filius naturalis* des anderen freizulassen (formlose *datio ob rem*), anscheinend nur das negative Interesse: SCHMITT-OTT, wie Fn. 94

<sup>103</sup> Zutreffendes Beispiel von HONSELL 157.

<sup>104</sup> Angeführt schon von JUSTINUS GOBLER (1567): „so ist mir der verkauffer von wegen meiner sonderlichen lust und zuneigung, die ich zu meines Vatters hauß hab, zu meinem Interesse etwas mehr, dann wo es meines Vatters nicht gewesen were, verpflichtet.“ Zitat nach WIELING (Fn. 39) 126.

<sup>105</sup> Ulpian D. 13,6,3,2: „*In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur...*“ Echtheit bisweilen (jedoch zu Unrecht) angezweifelt. Ein Enumerativkatalog der entsprechenden Klagen bei KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, 340 Fn. 45.

<sup>106</sup> Sofern dieser *servus corruptus* nicht sein *filius naturalis* ist. Dann wäre sein Schaden wegen des Affektionsinteresses höher zu veranschlagen.

<sup>107</sup> Prononciert MACQUERON 183 f.: „Paul n’a jamais rien dit de semblable... Ce père soucieux de ne pas laisser «corrompre l’âme de ses enfants» est un père chrétien... L’action *utilis de filio corrupto* est une invention de basse-époque... Elle est totalement étrangère au droit romain classique.“ Für Unechtheit leider auch E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, 343 f.; R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones*, Thèse Clermont I 1977, 392 f.; ebenso negativ die Würdigung durch B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano 1998, 110 f., 194 ff. Für Echtheit hingegen mit Recht M. F. CURSI, *Il danno non patrimoniale etc.*, in: L. Capogrossi Colognesi/ R. Cardilli et multi alii (a cura

Werden Kinder zum Glücksspiel, zum Alkoholgenuss oder Rauschgiftkonsum verleitet, werden sie gegen die Autorität ihrer Eltern aufgewiegelt, ihnen entfremdet oder in extremistische, wenn nicht gar terroristische Kreise eingeführt, so sind das schwerwiegende Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht und gravierende Gefährdungen des familiären Friedens. Gegen derartige Einmischungen Dritter können die Eltern richterlich ein auf § 1632 Abs. 2 BGB gestütztes Umgangsverbot erwirken. Für die Römer war die Wahrung des Hausfriedens ein hohes Rechtsgebot. Eine Erstreckung des der [586] *actio servi corrupti* zugrunde liegenden Rechtsgedankens auf Hauskinder lag darum nahe. Die psychologische Hemmschwelle einer fiktiven Gleichstellung der *liberi* mit den *servi* hatte man auch bei Körperverletzungen durch die Gewährung einer *utilis actio legis Aquiliae* überwunden.<sup>108</sup> Bei der Entführung eines Hauskindes griff überdies die *actio furti* ein (offenbar direkt, nicht einmal als *utilis*).<sup>109</sup> In dieses Bild fügt sich die analoge *actio filii corrupti* harmonisch ein. Mit der rein negativen Feststellung des ersten Satzes konnte sich Paulus keinesfalls begnügen.<sup>110</sup>

Gegen den Verführer eines Sklaven wird als Buße das Doppelte von dessen Wertminderung verhängt (*quanti servus vilior factus est*: D. 11,3,14,8); dies zu ermitteln, ist Aufgabe des Richters (*quod officio iudicis expeditur*).<sup>111</sup> So muss auch bei der *utilis actio* der Richter die Buße „gemäß seiner Amtspflicht einschätzen“.<sup>112</sup> Da Kinder keinen Handelswert haben, fehlt eine exakte Berechnungsgrundlage. Als Vergleichsmaßstab kam das vom

---

di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2003, 124 f. Für die Echtheit spricht der Sache nach (aus demselben 19. Buch *ad ed.* des Paulus) D. 47,10,26, sowie der Formulierung nach die Begründung *interest enim patris filiam dotatam habere*, ebenfalls aus Paulus D. 21,2,71 (oben IX 3).

<sup>108</sup> R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klass. röm. Recht*, München 1972.

<sup>109</sup> Ulpian D. 47,2,14,13: „*Si filius familias subreptus sit, patrem habere furti actionem palam est.*“ Ebenso Inst. 4,39. Fraglich ist aber, ob dies nach der Dekadenz der Hausgewalt unter Justinian noch praktiziertes Recht war: J. A. C. THOMAS, *The Institutes of Justinian*, Cape Town 1975, 266. Nach Gaius 3,199 hingegen weitergehend u. a. auch bei Entführung der *uxor in manu* anwendbar. Keine dieser Quellen spricht von einer analogen Klage. Weitere Fälle bei F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, Studi De Francisci II, Milano 1956, 215 ff. Die Bemessung der Buße war hier ähnlich problematisch wie bei der analogen *actio filii corrupti*; immerhin waren entgangene Dienste leichter zu schätzen (vgl. § 845 BGB, heute kaum noch relevant).

<sup>110</sup> Die Einleitung eines Folgesatzes mit „*sed utilis actio...*“ (oder ähnlich) begegnet in den Digesten überdies häufig. Die von Paulus in Text 10 bejahte *actio utilis* bei der Verführung von Hauskindern steht im Gegensatz zum von ihm verneinten Ersatz des Affektionsinteresses bei der *lex Aquilia* (Text 4). An der Einordnung des Klageziels der *actio utilis* als Affektionsinteresse zweifelte darum mit gewissem Recht TAMMO WALLINGA in seinem beachtlichen Diskussionsbeitrag im Anschluss an mein Referat auf der 62. Session der SIHDA in Fribourg Ende September 2008. Geschützt werde nach Wallinga einfach das gewöhnliche Interesse des Hausvaters daran, dass seine Gewaltunterworfenen sittlich unverdorben bleiben (parallel zu seinem mit der *lex Aquilia* geschützten Interesse an deren körperlicher Unversehrtheit). Richtig ist, dass hier nicht der Ersatz der besonderen Vorliebe zu einer bestimmten Person (wie zu einem *filius naturalis*) zur Debatte steht (denn ein Vater hat alle seine Kinder gleich lieb). Dennoch ist das hier zu ersetzende Interesse kein materieller Schaden (anders als bei der Korruption eines Sklaven); weshalb man im Schrifttum (vielleicht ungenau; vgl. o. Fn. 41) der Einordnung als Affektionsinteresse zuneigte. – Da die Verantwortlichkeit wegen Sklaven- und Kinderverführung Vorsatz voraussetzt, läge eine Bejahung des zu ersetzenden Affektionsinteresses bei vorsätzlicher aquilianischer Schädigung (abweichend von der pauschalen Verneinung in Text 4) überdies nahe (vgl. oben VIII 2).

<sup>111</sup> Zur Höhe der *condemnatio* BONFIGLIO (Fn. 107) 117 ff., 139 ff.

<sup>112</sup> Nicht „von Amts wegen“; so übersetzen freilich Behrends/ Knütel/ Kupisch/ Seiler.

Verführer angerichtete Handlungsunrecht in Betracht: Da die Verführung von Kindern schwerer wog [587] als die eines Sklaven, durfte die für eine Sklavenverführung angemessene Buße dabei keinesfalls unterschritten werden.

## XI. Rückblick und heutige Nutzenanwendung

1. Der Nichtersatz des Affektionsinteresses war für die römischen Juristen und die Vertreter des *Usus modernus* kein Dogma. Unberücksichtigt blieb das Affektionsinteresse – wie gezeigt – vor allem bei der Nachlassbewertung nach der *lex Falcidia* (das ist selbstverständlich) und bei der Schadensberechnung nach der *lex Aquilia*. Die beiden deutlichen Quellenaussagen hierzu standen in der Rezeptionsgeschichte im Vordergrund, darum wurden sie verallgemeinert. Bejaht wurde hingegen der Ersatz des Affektionswertes (ausgehend vom Mandat, bei dem auch ideelle Interessen des Mandanten wahrzunehmen sind) bei den *bonae fidei iudicia* von Papinian und den von ihm genannten (anonymen) „klügeren“ Juristen. Die etwas versteckte, bezüglich des Sachverhalts nicht ganz klare Äußerung konnte in der Rezeptionsgeschichte mit den beiden anderen, verneinenden nicht immer mithalten.

Der Erlangung von Gegenständen mit Affektionswert diente aber vor allem das bei den *bonae fidei iudicia* und bei den auf *restituere* gerichteten Arbiträrklagen zulässige *iusiurandum in litem*. Der über den reellen Sachwert hinausgehende, vom Kläger beschworene Schätzbetrag sollte den Beklagten zur Naturalerfüllung bzw. zur Sachrestitution zwingen; die Differenz bildet einen Strafzuschlag, ein Erzwingungsgeld (oben Text 3 mit Fn. 77). Voraussetzung für dessen Auferlegung war *contumacia*, bewusste Weigerung des Beklagten. Das *iuramentum in litem* wurde seit den Bologneser Juristen in der Privatrechtsgeschichte ausgiebig erörtert und praktiziert.<sup>113</sup> Vom *iuramentum in litem veritatis* unterschied man das hier einschlägige, geradezu so bezeichnete *iuramentum in litem affectionis*.

2. Wie kann unsere heutige Dogmatik eine Ansicht verdammen, welche einer der größten römischen Juristen als die „klügere“ bevorzugte? Auf der Grundlage des heute herrschenden allgemeinen, von der jeweiligen Haftungsgrundlage absehenden Begriffs des Vermögensschadens ist der Ausschluss des Affektionsinteresses von der Ersatzfähigkeit konsequent. Bei außervertraglicher Haftung ohne oder mit nur mäßigem Verschulden ist der Ausschluss (mangels Voraussehbarkeit) auch angemessen. Die Begründung ist aber nicht widerspruchsfrei, und das Ergebnis ist jedenfalls bei vorsätzlicher Schädigung nicht gerecht.

Dass vertraglich bedungene Leistungen keinen Vermögenswert haben müssen, ihre Nichterbringung aber praktisch sanktionslos bleibt (oben V 2), ist weder konsequent noch

<sup>113</sup> HERM. LANGE (o. Fn. 39) 82-96; WIELING (ebenda) 161-184.

gerecht. Ideelle Interessen sind vor allem bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen (auch durch den Testamentsvollstrecker, oder wenn unbeauftragt) zu wahren. Wenn bei der Schadensbemessung die individuellen Verhältnisse [588] des Geschädigten zu berücksichtigen sind (h. M.), erscheint der Ausschluss des Affektionsinteresses auch nicht zwingend. Dass das Affektionsinteresse selbst bei vorsätzlicher, ja sogar bei sittenwidriger Schädigung nicht erstattet werden muss, ist vollends ungerecht. Wer einen Computer mit Hunderten gespeicherter privater Digitalfotos bei einem Einbruchsdiebstahl entwendet, muss diesen enormen persönlichen Schaden nicht (in Geld) wieder gutmachen.<sup>114</sup> Das ehemals preußische und das noch geltende österreichische Recht entscheiden gerechter, weil danach vorsätzliche oder mutwillige Schädigungen zum Ersatz auch des Affektionsinteresses verpflichten (oben IV 3). Das von den BGB-Verfassern angeführte und später oft wiederholte Gegenargument der mangelnden Schätzbarkeit überzeugt heute nicht mehr, nachdem zugefügte Schmerzen und Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Geldersatz verpflichten. Die Gefahr einer Ausuferung ist gering, denn Fälle von verletztem Affektionsinteresse sind (im Vergleich zu tagtäglich zuerkannten Schmerzensgeldern) nicht sonderlich häufig.

Vom gemeinrechtlichen *iuramentum in litem* blieb die Vorschrift des § 287 Abs. 1 ZPO übrig (vgl. oben V 3); unsere Gerichte sollten von ihr häufiger Gebrauch machen. Pönale Elemente lassen sich aus dem zivilrechtlichen Sanktionensystem nicht völlig verbannen.<sup>115</sup> Die Entpönalisierungstendenz (o. Fn. 29) hat unser Gesetzgeber zu weit getrieben. Das richterliche Ermessen ist freier und kann auch den Verschuldensgrad berücksichtigen, wenn man sich eingesteht, dass hier eine (über den Sachwert hinausgehende) Geldbuße (als Genugtuung)<sup>116</sup> aufzuerlegen ist,<sup>117</sup> wie aus den römischen Quellen deutlich hervorgeht (vgl. Fn. 77).

#### **XII. S c h r i f t t u m zum Affektionsinteresse im allgemeinen (alphabetisch):**

D. A. CENTOLA, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana* (Napoli 2011);  
 R. COHNFELD, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht* (Leipzig 1865) 69-85;  
 Fr. M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, *Annali Bari* 1 (1965-66) = DE ROBERTIS, *Scritti varii di diritto romano I* (Bari 1987) 503-516;  
 H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium* (München 1969) 153-158;  
 M. KINDLER, *Affectionis aestimatio: Vom Ursprung des Affektionsinteresses im römischen Recht und seiner Rezeption* (Berlin 2012);  
 HERM. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* (Münster/ Köln 1955) 46-55;

<sup>114</sup> Aus der hier propagierten gegenteiligen Ansicht folgt nicht, dass auch eine Einbruchsdiebstahlversicherung diesen Schaden decken müsste. In den Lieferungsbedingungen für Filmmaterialien wird die Haftung für etwaige Mangelfolgeschäden ausdrücklich ausgeschlossen.

<sup>115</sup> Kritisch allerdings jüngst H. HONSELL, *Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus*, *Festschrift H. P. Westermann*, 2008, 315 ff.

<sup>116</sup> Zur (umstrittenen) Genugtuungsfunktion MünchKomm/ OETKER § 253 Rz. 11 ff.

<sup>117</sup> Der pönale Charakter schließt eine passive Vererblichkeit nicht aus, nachdem heute auch das Schmerzensgeld und (schon vor der Streichung des § 847 Abs. 1 S. 2 BGB im Jahre 1990) sogar der Anspruch aus § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung (abweichend von seinem Ursprung, der *actio de dolo*) passiv vererblich sind.

- J. MACQUERON, *L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, in: *Études offertes à André Audinet* (Aix-en-Provence/ Paris 1968) 173-188 [Univ. Bibl. Köln Sign. 1F3451];
- A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, *BIDR.* 16 (1904) 206-289 (237-241, 261-263);
- D. MEDICUS, *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (Köln/ Graz 1962) *passim* (s. Sachregister);
- Fr. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse, Beiträge zum Obligationenrecht* Abt. 2 (Braunschweig 1855) 122-137, 213-217;
- F. RABER, *Zum ‚pretium affectionis‘*, in: Fr. Horak/ W. Waldstein (Hrsgg.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka* (München/ Salzburg 1972) 197-213, rezensiert von H. Wieling, *ZSS.* 89 (1972) 467 f.;
- A. SICARI, *Leges venditionis: Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano* (Bari 1996) *passim*, bes. S. 216 ff.;
- D. STÖRMER, *Der Ersatz des Affektionsinteresses in geschichtlicher Entwicklung* (Diss. Hamburg 1977), polykopiert, 137 S. [vorhanden im Institut für römisches Recht Köln, Sig. Nr. RH 5302; Universitätsbibliothek Köln, Sig. Nr. 4Y9123].